

Private Macht
Herausgegeben von
Florian Möslein



Private Macht

Herausgegeben von

Florian Möslein

Mohr Siebeck

Florian Möslin ist Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht an der Philipps-Universität Marburg.

ISBN 978-3-16-153782-0

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Minion gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Private Macht wird häufig als Störfaktor empfunden. *Franz Böhm* beispielsweise schrieb, Macht gehöre nicht in eine Privatrechtsordnung und habe dort nichts zu suchen, weil sie die „normative Politur der Gesellschaft“ störe (*F. Böhm*, Die Konzentrations-Debatte. Aufmarsch der Ideologien. Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 132 vom 10. Juni 1961; vgl. dazu Nachw. § 1 Fn. 47). Der Gedanke, dass private Macht mit einer Privatrechtsgesellschaft als Ordnung gleichberechtigter Rechtssubjekte und daher zugleich mit einer freiheitlich verfassten Wettbewerbsordnung unvereinbar sei, prägt bis heute die wirtschaftspolitische Diskussion, und zwar aller Couleur. „Machtwirtschaft – Nein Danke“, so lautet etwa der Titel einer Streitschrift, die der finanzpolitische Sprecher der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag kürzlich vorgelegt hat (Nachw. § 1 Fn. 24). Bereits begrifflich küpft der Politiker damit an eine Kernthese des ordnungspolitischen Programms der Gründungsjahre der Bundesrepublik an: „Wer Macht hat, darf keine Freiheit haben; wer Freiheit hat, darf keine Macht haben“.

Mit diesem Konnex ist das Spannungsfeld zwischen privater Macht und privatrechtlicher Gestaltungsfreiheit angedeutet. Die Privatrechtsordnung ist nämlich keineswegs – heute wohl weniger denn je – eine „Welt ohne Macht“ (so jedoch *Böhm*, a.a.O.). Private Macht ist ein real existierendes Phänomen, steht aber in einem vielschichtigen Spannungsverhältnis zur Privatautonomie, der zentralen Leitmaxime des Privatrechts. Entsprechend bezeichnete es *Werner Flume* in seinem Lehrbuch als das „ewige Dilemma der Privatautonomie, dass diese immer wieder durch ungleiche Machtverteilung in Frage gestellt wird“ (Nachw. § 1 Fn. 3). Umso mehr erstaunt, dass private Macht bislang keinen, jedenfalls keinen zentralen und übergreifenden Forschungsgegenstand der Privatrechtswissenschaft bildet. Dieses Erstaunen war der ursprüngliche Auslöser des vorliegenden Bandes, der mithin vor allem dem Ziel dient, Formen und Folgen privater Macht zu kategorisieren, Machtungleichgewichte zu identifizieren, machtbezogene Rechtsregeln zu strukturieren und die Legitimation privater Macht und ihrer Regulierung zu hinterfragen.

Der Band bildet den Ertrag eines Netzwerks von Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlern, das sich über mehrere Jahre der Aufgabe gestellt hat, private Macht aus interdisziplinärer und privatrechtlicher Perspektive systematisch zu beleuchten. Unter dem Titel „Private Macht und privatrechtliche Gestaltungsfreiheit“ förderte die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) dieses wissen-

schaftliche Netzwerk – als bisher einziges solches Projekt auf dem Gebiet des Privatrechts. Durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss ermöglichte sie zudem die Drucklegung dieses Bandes. Für diese Unterstützung haben wir der DFG doppelt zu danken. Im Zeitraum von 2008 bis 2014 fanden regelmäßige Netzwerktreffen an den (ehemaligen) Heimatinstitutionen einiger der beteiligten Netzwerkteilnehmer statt, namentlich an der Humboldt-Universität zu Berlin, der Ludwig-Maximilians-Universität München, der Freien Universität Berlin, der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, der Universität Bremen und der Universität St. Gallen. Zu vielen dieser Treffen waren zusätzlich Gastreferenten eingeladen, neben denjenigen, deren Beiträge in diesem Band mit abgedruckt sind, auch *Stephan Breidenbach* (Europa-Universität Viadrina in Frankfurt/Oder), *Rudolf Richter* (Universität des Saarlandes), *Harald Wiese* (Universität Leipzig), *Stefan Machura* (Bangor University) und *Christian Joerges* (Universität Bremen).

Den Gastreferenten gebührt ebenso wie allen Netzwerkteilnehmern mein nachdrücklicher Dank für gedankenreiche Vorträge und Diskussionsbeiträge; den Gastgebern der einzelnen Treffen außerdem mein herzlicher Dank für die engagierte Mithilfe bei deren Organisation. Ebensolcher Dank gebührt den studentischen Hilfskräften, die Organisation der Netzwerktreffen und Endredaktion dieses Bandes tatkräftig unterstützt haben, besonders *Nina Herbort*, *Julie Grill*, *Alexander Seitz*, *Nicolas Lippert*, *Nils Heuser* und *Vanessa Hager*.

Das Netzwerkvorhaben begleitete die meisten von uns Teilnehmern durch die entscheidende Phase unserer wissenschaftlichen Qualifikation. Die persönliche Vernetzung, die mit der Förderung erreicht werden soll, hat sich in fachlicher, aber auch in persönlicher Hinsicht als überaus fruchtbar erwiesen. Auch dafür bin ich zutiefst dankbar. Dass die Förderlinie der DFG primär dem wissenschaftlichen Nachwuchs gilt, ist an den Funktionsbezeichnungen im Autorenverzeichnis inzwischen – zu unser aller Glück – kaum mehr erkennbar.

Die langjährige Entstehungsgeschichte mit ihrem besonderen, weil so intensiv vernetzten Zuschnitt schlägt sich, so denke und hoffe ich, auch in diesem Band spürbar nieder. Sie erlaubte nämlich einen ungleich gründlicheren Gedankenaustausch, als er im sonst üblichen Tagungsformat möglich ist. Die Einzelbeiträge, die teils zu unterschiedlichen Zeitpunkten verfasst wurden, nehmen vielfach aufeinander Bezug; die drei Hauptteile bauen stufenweise aufeinander auf. Auf diese Weise bekommt der Sammelband fast schon monographische Züge – ohne dass er freilich die durchaus bestehenden Meinungsunterschiede zwischen den einzelnen Autoren verleugnen würde, die in einer solch großen Runde und bei einem solch grundlegenden Thema nicht nur unvermeidlich, sondern für den Erkenntnisgewinn durchaus förderlich sind. „In Vielfalt geeint“, dieses europäische Motto gilt insofern auch für den vorliegenden Band.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
§ 1 Private Macht als Forschungsgegenstand der Privatrechtswissenschaft <i>Florian Möslein</i>	1

1. Teil: Grundlagen

§ 2 Private Macht – Grundsatzfragen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft <i>Ernst-Joachim Mestmäcker</i>	25
§ 3 Macht als Grundbegriff der Soziologie <i>Johannes Berger</i>	47
§ 4 Macht als sozialpsychologisches Konzept <i>Erich H. Witte, Niels Van Quaquebeke, Tilman Eckloff</i>	65
§ 5 Vorüberlegungen zu einer Philosophie der privaten Macht – im Ausgang von einigen allgemeinen Bemerkungen zum philosophischen Stand der Machttheorie <i>Marc Rölli</i>	83
§ 6 Quantitative Machtkonzepte in der Ökonomik <i>Roland Kirstein, Matthias Peiss</i>	91
§ 7 Die Schranken privater Gestaltungsmacht – Zur Herleitung einer Angemessenheitskontrolle aus den Grenzen der Selbstbindung <i>Hans Hanau</i>	119

2. Teil: Private Macht in ausgewählten Gebieten des Privatrechts

§ 8	Private Macht im Vertragsrecht – Austauschverträge <i>Carsten Herresthal</i>	145
§ 9	Private Macht im Vertragsrecht – Langzeitverträge <i>Karl Riesenhuber</i>	193
§ 10	Private Macht und Verbraucherrecht <i>Graf-Peter Callies</i>	213
§ 11	Private Macht im Arbeitsrecht <i>Eva Kocher</i>	241
§ 12	Private Macht im Eigentumsrecht <i>Matthias Lehmann</i>	281
§ 13	Erb- und Familienrecht <i>Jens-Uwe Franck</i>	309
§ 14	Private Macht im Gesellschaftsrecht – Die Macht der Mehrheit <i>Christian Hofmann</i>	353
§ 15	Private Macht im Gesellschaftsrecht: Die Macht der Verwaltung und ihre Kontrolle <i>Andreas Engert</i>	381
§ 16	Private Macht im Kapitalmarktrecht <i>Friedemann Kainer</i>	423
§ 17	Wettbewerbsrecht und das Problem privater Macht <i>Heike Schweitzer</i>	447
§ 18	Private Macht im Internationalen Privatrecht <i>Giesela Rühl</i>	475

3. Teil: Synthesen

§ 19	Machtbegriffe zwischen Privatrecht und Gesellschaftstheorie <i>Moritz Renner</i>	505
§ 20	Machtquellen: Grundlagen privater Machtpositionen <i>Jens-Uwe Franck</i>	529
§ 21	Die Regulierung privater Macht <i>Florian Möslein</i>	563
§ 22	Macht, Privatrecht und Ökonomik – Nutzen und Grenzen der Ökonomik bei der Analyse privater Macht im Privatrecht <i>Thorsten Käseberg</i>	581
§ 23	Die Legitimation privater Macht <i>Gregor Bachmann</i>	603
§ 24	Ansätze für eine Systematisierung von privater Macht und der Begrenzung privatrechtlicher Gestaltungsmacht <i>Friedemann Kainer, Heike Schweitzer</i>	629
	Autorenverzeichnis	643

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AEDIPr	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	(Die) Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AIFM	Verwalter alternativer Investmentfonds (Alternative Investment Fund Manager)
AktG	Aktiengesetz
a.M.	anderer Meinung
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. Sociol. Rev.	American Sociological Review
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
Ausg.	Ausgabe
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundes-Angestellentarifvertrag
BayBG	Bayerisches Beamtengesetz
BB	Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
Bell J. Econ.	Bell Journal of Economics
bes.	Besonders
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Bank- und Kapitalmarktrecht
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CMLR	Common Market Law Review
Cornell Int'l L. J.	Cornell International Law Journal
das.	dasselbe
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe/n
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
ebda.	ebenda
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft bzw. Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (nach Artikelbezeichnung)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ELR	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
engl.	englisch
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law – Revue européenne de droit privé – Europäische Zeitschrift für Privatrecht
et al.	et alii/et aliae/et alia; und andere
etc.	et cetera
EU	Europäische Union bzw. Vertrag über die Europäische Union (nach Artikelbezeichnung)
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof

EuLF	European Legal Forum
Eur. J. Consum. L./R.E.D.C.	European journal of consumer law/Revue européenne de droit de la consommation
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f., ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
Fordham L.Rev.	Fordham Law Review
FPR	Familie – Partnerschaft – Recht
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GG	Grundgesetz
gem.	Gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH Rundschau
GPR	Gemeinschaftsprivatrecht
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
GVBl.	Gesetz- und Ordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Harv. Bus. Rev.	Harvard Business Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hervorh. i. Orig.	Hervorhebung im Original
HGB	Handelsgesetzbuch
HHI	Herfindahl-Hirschman-Index
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
ibid.	ibidem; ebenda
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Einzelnen

i.Erg.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
i.H.v.	in Höhe von
Int'l J.L. Pol'y & Fam.	International Journal of Law, Policy and the Family
insbes.	insbesondere
i.O.	im Original
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
J. Behav. Med.	Journal of Behavioral Medicine
JBl.	Juristische Blätter
J. Bus.	Journal of Business
J. Cons. Pol.	Journal of Consumer Policy
J. Econ Persp.	Journal of Economic Perspectives
J. Fin.	Journal of Finance
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
JherJB	Jhering Jahrbücher
JITE.	Journal of Institutional and Theoretical Economics
J. L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J. L. & Econ. Organ.	Journal of Law, Economics and Organization
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
JMBL. NW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
J.Mgmt.	Journal of Management
J. Personality & Soc. Psychol.	Journal of Personality and Social Psychology
J.Pol.Econ.	Journal of Political Economy
J. Priv. Int'l L.	Journal of Private International Law
JR	Juristische Rundschau
jur.	juristisch/e
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KJ	Kritische Justiz
KOM	Dokument der Europäischen Kommission
KonsG	Gesetz über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse
krit.	kritisch
Law & Hum. Behav.	Law and Human Behavior
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft
Ls.	Leitsatz
l.Sp.	linke Spalte
Ltd.	Limited

m.a.W.	mit anderen Worten
MdB	Mitglied des Bundestags
m.E.	meines Erachtens
m.N.	mit Nachweisen
Mrd.	Milliarde(n)
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweise
n.F.	neue Fassung
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechung
Nr.	Nummer
NWB	Neue Wirtschafts-Briefe
Nw.U.L.Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.U.J.L.&Bus.	New York University Journal of Law & Business
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
o.	oben
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Entscheidungen der Oberlandesgerichte
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	Unidroit Principles of International Commercial Contracts
ProdHG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
Q. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
REEI	Revista electrónica de estudios internacionales
RegE	Regierungsentwurf
Reg.Begr.	Regierungsbegründung
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev.Econ.Stud.	Review of Economic Studies
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Riv. DIPP	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft

RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache (Aktenzeichen des EuGH)
r.Sp.	rechte Spalte
Rspr.	Rechtsprechung
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
s./S.	siehe/Siehe; Seite; Satz
s.a.	siehe auch
sc.; scil.	scilicet; das heißt; nämlich
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte/r/s
SoldatenG	Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten
SorgeRG	Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge
st.	ständig(e)
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
SPI	Strategic Power Index
SR	Soziales Recht
StuW	Steuern und Wirtschaft; Zeitschrift für die gesamten Steuerwissenschaften
TAK	Transaktionskosten
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
Tz.	Textzahl
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.	unten; und
u.a.	unter anderem; und anderer
u.ä.	und ähnliche
U.Chi.L.Rev.	University of Chicago Law Review
U.Cin.L.Rev.	University of Cincinnati Law Review
U.Ill.L.Rev.	University of Illinois Law Review
U.Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
Urt.	Urteil
USA	United States of America; Vereinigte Staaten von Amerika
U.Tor.LJ	University of Toronto Law Journal
u.v.a.m.	und viele andere mehr
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.a.	vor allem
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
verb. Rs.	Verbundene Rechtssachen
Verf.	Verfasser; Verfassung

VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VW	Volkswagen
W.Econ.J.	Western Economic Journal
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WM	Wertpapiermitteilungen
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WSI-Mitt.	WSI-Mitteilungen; Zeitschrift des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts der Hans-Böckler- Stiftung
WTO	World Trade Organization; Welthandelsorganisation
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Yale L.J.	Yale Law Journal
Yb. Priv. Int'l L.	Yearbook of Private International Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZDG	Gesetz über den Zivildienst der Kriegsdienst- verweigerer
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europäische Studien
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung; Vierteljahresschrift für staatliche und kommunale Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

ZSR N.F.	Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

§ 11 Private Macht im Arbeitsrecht

Eva Kocher

Übersicht

I. Macht und Herrschaft in der Erwerbsarbeit	243
1. Legitimation privater Macht – die verfassungsrechtlichen Aufgaben des Arbeitsrechts	243
2. Sozioökonomische Tatbestände der Macht in der Erwerbsarbeit	244
a) Arbeitsverhältnis als Existenzsicherung und Arbeitsmarktoptionen	244
b) Verengung von Optionen im Dauerschuldverhältnis: Selbstbindung und Hold-up-Positionen	245
c) Beschränkungen in der Einbindung in eine arbeitsteilige Organisation	246
d) Macht und „Schwäche“	247
II. Gegenstände und Instrumente der arbeitsrechtlichen Machtkontrolle und des Machtausgleichs	249
1. Gegenstände des Machtausgleichs: Überblick	249
a) Zwingende Mindestbedingungen zur Sicherung der Existenzgrundlagen und zum Machtausgleich	249
b) Sicherung der Langfristigkeit und der Wandlungsfähigkeit des Dauerschuldverhältnisses	250
c) Regelung der arbeitsteiligen Kooperation: Betriebliche Mitbestimmung und Fairnessregeln	252
2. Machtkontrolle durch Gegenmacht	253
a) Die Bedeutung der Tarifautonomie als kollektive Ausübung von Privatautonomie	253
b) Die rechtliche Anerkennung der Richtigkeitsvermutung von Tarifverträgen	255
aa) Rechtswirkungen von Tarifverträgen	255
bb) Gegenstand der Richtigkeitsvermutung und Legitimation	256
c) Grundlage der Richtigkeitsvermutung: „Soziale Mächtigkeit“	258
aa) Gegenmacht: Fähigkeit zur Ausübung von Druck	258
bb) Quellen von Gegenmacht	260

cc) Kongruenz von Organisationsinteressen und repräsentierten Interessen	262
III. Grundbegriffe der rechtlichen Typisierung von Macht im Recht der Erwerbsarbeit	264
1. Rechtliche Tatbestände der „Macht“ in der Erwerbsarbeit	264
a) „Persönliche“ Abhängigkeit	264
aa) Definitionsmerkmale des Arbeitsverhältnisses	264
bb) Weisungsrecht: Die Macht der Organisation	265
b) „Wirtschaftliche“ Abhängigkeit und „abhängige Selbstständigkeit“	266
aa) „Arbeitnehmerähnliche Person“ und „abhängige Selbstständigkeit“	267
bb) Definitionsmerkmale der „arbeitnehmerähnlichen Person“ bzw. der „abhängigen Selbstständigkeit“	269
c) „Beschäftigung“ als Anknüpfungsmerkmal?	270
d) Regelungen für die selbstständige Erwerbsarbeit	271
2. „Abhängigkeit“ und „Macht“: Grenzen der rechtlichen Typisierung	272
a) Persönliche Abhängigkeit, wirtschaftliche Abhängigkeit und persönliche Leistungserbringung	272
b) Flexibilität des „Typus“-Begriffs, „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ und Feststellungsverfahren	275
c) Unternehmen/Organisation auch auf der Pflichtenseite als Anknüpfungstatbestand?	277
IV. Die Einheit der Zivilrechtsordnung unter dem Blickwinkel des Erwerbslebens	278

Es liegt nahe zu vermuten, dass die Frage nach der Rolle und der Begrenzung privater Macht im Privatrecht im Arbeitsrecht eine Rolle spielt – sei es aufgrund spontaner Assoziationen zum Verhältnis „Kapital-Arbeit“, sei es weil dem methodologischen Individualismus die Begründung „kollektiver“ Handlungskompetenzen intuitiv verdächtig vorkommt, oder weil die konkreten Erfahrungen, die einzelne als Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer gemacht haben, schnell Assoziationen von „Machtlosigkeit“ hervorrufen. Zudem wird der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts durch einen Begriff bestimmt, der bereits auf den ersten Blick viel mit „Macht“ zu tun zu haben scheint: Das Arbeitsverhältnis gründet auf einem Dienstvertrag in „persönlicher Abhängigkeit“.¹

Im Folgenden wird zunächst erläutert, welche tatsächlichen Aspekte des Arbeitsverhältnisses dieses zu einem Machtverhältnis machen (können) (I.), bevor die Instrumente und Rechtsbegriffe analysiert werden, mit denen im Arbeitsrecht hierauf reagiert wird (II. und III.).

¹ Dazu genauer unten III.1.a).

I. Macht und Herrschaft in der Erwerbsarbeit

1. Legitimation privater Macht – die verfassungsrechtlichen Aufgaben des Arbeitsrechts

Im „rein formalen Freiheitsverständnis“ des BGB² gilt eine Entscheidung immer dann als autonom begründet und rechtlich aner kennenswert, wenn sie die Anforderungen an eine wirksame Willenserklärung erfüllt; „zivilistisch“ lässt sich Macht durch Selbstbindung und formale Zustimmung legitimieren.³

Eine verfassungsrechtliche Vorstellung von „Autonomie“ berücksichtigt bei der Bewertung von Entscheidungen darüber hinaus die realen Chancen und strukturellen sozio-ökonomischen Voraussetzungen von Selbstbestimmung.⁴ „Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, müssen [...] gesetzliche Vorschriften [...] sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenwirken.“⁵ Nicht nur die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), auch die Berufsfreiheit der Beschäftigten (Art. 12 GG, Art. 15, 16 GRChEU) gewährleistet Möglichkeiten selbstbestimmter Gestaltung der Erwerbsbiografie, auf die auch mit Abschluss eines Arbeitsvertrags nicht vollständig verzichtet werden darf.⁶ Macht wird danach immer problematisch, wenn sie die private Autonomie anderer und deren Möglichkeit, Verantwortung für das eigene Leben zu übernehmen, beschränkt. Machtausübung ist danach unerlaubt, soweit sie selbstbestimmte Entscheidungen stärker als zu einem legitimen Zweck erforderlich einschränkt.

Insofern verlangen die Grundrechte, nicht nur den Moment vertraglicher Unterwerfung unter Macht- und Herrschaftsverhältnisse, sondern auch dessen Vorgeschichte und Zukunft in Hinblick auf die tatsächlich bestehenden Möglichkeit von „voice“ und „exit“⁷ in den Blick zu nehmen und Kriterien zu entwickeln,

² Renner, in diesem Band, § 19, S. 508.

³ Zu deren Grundlagen und Grenzen in Hinblick auf Machtverhältnisse siehe vor allem Bachmann, in diesem Band, § 23, S. 613; siehe auch Franck, in diesem Band, § 20, S. 540 f.

⁴ Insbesondere BVerfGE 81, 242 (Handelsvertreter); BVerfG 89, 214 (Bürgerschaft). Zu den Gefahren einer Instrumentalisierung der Privatautonomie dadurch, dass sie „zu hoch gehandelt wird“, siehe auch Rölli, in diesem Band, § 5, S. 90.

⁵ BVerfGE 81, 242, Rn. 47. Siehe auch die Vorstellung von Rechten auf Befähigung im Sinne von der „capability“-Lehre, z.B. Nussbaum, Menschenrechte und Fähigkeiten über Grenzen hinweg, in: Richter (Hrsg.), Transnationale Menschenrechte. Schritte zu einer weltweiten Verwirklichung der Menschenrechte (2008), S. 61; Bonvin, Individual working lives and collective action. An introduction to capability for work and capability for voice (2012), S. 9.

⁶ Zur Reichweite im Einzelnen siehe z.B. Kocher, Arbeitnehmerfreizügigkeit und Berufsfreiheit, GPR 2011, 132; Kocher, Recht am Arbeitsplatz und Recht an der Beschäftigungsfähigkeit, FS v. Brünneck (2011), S. 287.

⁷ Zur Begrifflichkeit Hirschman, Abwanderung und Widerspruch. Reaktionen auf Leistungsabfall bei Unternehmungen, Organisationen und Staaten (2004); siehe auch Berger, in diesem Band, § 3 zur Bedeutung der Selektionsspielräume der Partner.

um erlaubte von unerlaubter, legitime von illegitimer Machtausübung zu unterscheiden.⁸

2. Sozioökonomische Tatbestände der Macht in der Erwerbsarbeit

Nun schaffen allerdings (arbeits-)rechtliche Instrumente selbst wieder Macht im Sinne von Rechtsmacht; das ist gerade ihre Funktion. Eine vorrechtliche sozioökonomische Situation, die in Hinblick auf Regelungsbedürfnisse analysiert werden könnte, gibt es empirisch nicht. Die verfassungsrechtliche Betrachtung sowie die Fragen der Legitimation und des Regelungszwecks von Recht sind jedoch auf den Versuch angewiesen, sozio-ökonomische Machtverhältnisse von den durch das Recht geschaffenen zu trennen; dies soll im Folgenden unternommen werden.

a) Arbeitsverhältnis als Existenzsicherung und Arbeitsmarktoptionen

Über Erwerbsarbeit sichern Menschen ihre wirtschaftliche und soziale Existenz. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind insofern in aller Regel für ihre Existenzsicherung auf ein Arbeitsverhältnis angewiesen, und dies bestimmt ganz wesentlich ihre Verhandlungsposition bei Abschluss eines Arbeitsvertrags.

Das Ausmaß der Angewiesenheit unterscheidet sich allerdings individuell beträchtlich. Zunächst spielt für die abstrakte Angewiesenheit und Beschränkung der Selektionsspielräume eine große Rolle, welche alternativen Erwerbsquellen als *Exit*-Optionen zur Verfügung stehen (Vermögen, Unterhalt, soziale Leistungen): „Je mehr Optionen einem Individuum offen stehen, umso weniger ist es Einflüssen der Macht ausgesetzt“.⁹ Die Angewiesenheit auf das konkrete Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis bei einem konkreten Arbeitgeber wiederum hängt von der „Beschäftigungsfähigkeit“, und diese wiederum von der konkreten Arbeitsmarktsituation für den jeweiligen Bereich und die konkrete Person ab. Es gibt eben nicht einen einheitlichen Arbeitsmarkt; dieser ist je nach nachgefragten Tätigkeiten und Qualifikationen sowie nach Geschlecht und anderen askriptiven Merkmalen (mittlerweile wohl auch nach Arbeitszeiten) segmentiert.¹⁰ In bestimmten Arbeitsmarktsegmenten sowie zu bestimmten Zeiten gibt es Positionen, bei denen Arbeitgeber wenige Alternativen zu einer konkreten Person

⁸ Zu dieser Notwendigkeit auch *Renner*, in diesem Band, § 19.

⁹ *Berger*, in diesem Band, § 3, S. 61.

¹⁰ Zu der Frage der Segmentation in verschiedenen Arbeitsmärkten *Kocher*, Neue Sozialplaninhalte bei EDV-Einführung, insbesondere: Die Regelung von Arbeitsinhalten sowie von Versetzungsansprüchen in einem Sozialplan nach § 112 Abs. 4 BetrVG 1972 (1994), S. 284 ff.; siehe auch *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige (1988), S. 48 f.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb. Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht (1996), Rn. 87 ff.

haben, insbesondere wenn sie selbst keine professionelle Personalentwicklung betrieben haben.¹¹

Die rechtliche Regulierung ist für die notwendige Typisierung allerdings auf eine verallgemeinernde Betrachtung von „Strukturen“¹² angewiesen. Typisierend darf man insofern davon ausgehen, dass Arbeitsmärkte im Großen und Ganzen „Käufermärkte“, also Nachfragermärkte sind.¹³ Im Vergleich mit den *Exit*-Optionen der Arbeitgeberseite sind die *Exit*-Optionen der Arbeitnehmerseite aus strukturellen Gründen meist überschaubar.¹⁴ Dies bildet eine Machtquelle für die Gegenseite.¹⁵

*b) Verengung von Optionen im Dauerschuldverhältnis:
Selbstbindung und Hold-up-Positionen*

Ist ein Beschäftigungsverhältnis einmal begründet, verengen sich die Optionen: Beide Seiten legen sich in aller Regel auf eine länger dauernde Zusammenarbeit fest und investieren, mit der Gefahr, die spezifische Investition bei Beendigung der Zusammenarbeit zu verlieren. Der Arbeitgeber wird nicht nur die betriebs- und unternehmensspezifischen Qualifikationen, die durch Einarbeitung und manchmal auch durch Qualifizierung entstehen, zu schätzen wissen. Stabile Beziehungen zu Mitarbeitern können die Produktivität erhöhen (ganz abgesehen davon, dass bei jeder Suche nach neuen Mitarbeiter/innen Transaktionskosten anfallen).¹⁶ Auf Seiten der Arbeitnehmer hingegen wachsen die arbeitsplatzbezogenen und sinken die arbeitsmarktbezogenen Qualifikationen und Fähigkeiten mit der Betriebszugehörigkeit – ganz abgesehen davon, dass das private

¹¹ Zur Debatte über den Fachkräftemangel siehe z.B. *Dietz/Kubis/Müller*, Fachkräftemangel in Ost- und Westdeutschland – Eine betriebliche Perspektive, WSI-Mitt. 2012, 618 ff.

¹² Vgl. die Begrifflichkeit des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 81, 242 (Handelsvertreter) und BVerfGE 89, 214 (Bürgerschaft).

¹³ *Oppolzer*, Individuelle Freiheit und kollektive Sicherheit im Arbeitsrecht, AuR 1998, 45 ff.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb. Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht (1996), Rn. 87 ff.; vgl. dazu auch *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige (1988), S. 48 f.

¹⁴ *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige (1988), S. 49 f.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb. Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht (1996), Rn. 91 ff. Zur Entwicklung des Arbeitsrechts in Beziehung zu den *exit*- und *voice*-Optionen siehe *Eger/Weise*, Die Entstehung des deutschen Arbeitsrechts aus ökonomisch-evolutionärer Perspektive, AuR 1998, 385 (sie untersuchen, wie sich das Arbeitsverhältnis in Hinblick auf die Mischung der beiden Strategien „Abwanderung“ und „Widerspruch“ entwickelt hat. Danach „ergibt sich [die Kräftekonstellation zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber] ..als Resultat der entsprechenden Abwanderungs- und Widerspruchskosten.“).

¹⁵ Zu „Angewiesenheit“ als Machtquelle siehe auch *Franck*, in diesem Band, § 20, S. 545 f.

¹⁶ *Rebhahn*, Der Arbeitnehmerbegriff in rechtsvergleichender Perspektive, RdA 2009, 154, 163. Siehe auch *Eger*, Eine ökonomische Analyse von Langzeitverträgen (1995); *Jickeli*, Der langfristige Vertrag. Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung auf institutionen-ökonomischer Grundlage (1996).

Leben häufig an betriebliche Anforderungen (Arbeitsort, Arbeitszeit) angepasst werden muss. Hier handelt es sich um Investitionen, die außerhalb des jeweiligen Betriebs meist keinen oder jedenfalls nur geringeren Wert hätten; es entsteht eine *Hold-up*-Situation.¹⁷ Hier handelt es sich allerdings um ein Problem jeglicher Dauerschuldverhältnisse.¹⁸

Typisierend gilt aber auch hier: Die Investitionen auf Arbeitnehmerseite sind in aller Regel relativ höher, da sie wirtschaftlich meist das gesamte zur Verfügung stehende „Kapital“ der Arbeitskraft erfassen.¹⁹ Die Unterschiedlichkeit der *Exit*-Optionen kann eine Machtquelle darstellen.²⁰

c) Beschränkungen in der Einbindung in eine arbeitsteilige Organisation

Im Arbeitsverhältnis tritt zu diesen arbeitsmarktbezogenen Ungleichgewichten eine organisationsbezogene Verengung der Optionen: Arbeit wird in arbeitsteiligen Zusammenhängen geleistet. Das Arbeitsverhältnis ist zwar auf vertraglicher Grundlage legitimiert und impliziert insofern Annahmen über Gleichrangigkeit. Es findet aber in einer Unternehmensorganisation statt, „die durch eine hierarchische Verbandsordnung geprägt ist“²¹. Die soziale Kooperation allein bildet bereits eine Machtquelle;²² ihre verstetigte Organisation schafft ein Herrschaftsverhältnis.

Die organisatorischen Einbindungen sind für das Arbeitsverhältnis nicht nur beiläufig relevant, sondern konstitutiv. Ein Unternehmen wird gerade dann einen Arbeitsvertrag abschließen, wenn es über die Arbeitskraft der Gegenseite intensiv und nicht nur punktuell verfügen will.²³ Der Arbeitnehmer verpflichtet sich nicht zur Erbringung einer bestimmten Leistung, sondern lediglich dazu, seine Arbeitskraft und damit sein menschliches Vermögen zur

¹⁷ Zum „Lock-in“ siehe auch Schäfer, Entwicklung und Begründung von Schutznormen im Vertragsrecht, in: Sadowski/Walwei (Hrsg.), Die ökonomische Analyse des Arbeitsrechts (2001), S. 23, 36 ff.; genauer zu solchen Machtquellen Franck, in diesem Band, § 20, S. 552 ff.

¹⁸ Schäfer (aaO.), S. 23, 36 ff. berücksichtigt in seiner Betrachtung von Analogien zwischen allgemeinem Zivilrecht und Arbeitsrecht leider ausschließlich diese ökonomischen Fragen.

¹⁹ Zu den Kriterien für die Zulässigkeit von Rückzahlungsklauseln nach einer betrieblichen Weiterbildung siehe Kocher, GPR 2011, 132.

²⁰ Siehe aber auch die Analyse von Sadowski/Backes-Gellner, Der Stand der betriebswirtschaftlichen Arbeitsrechtsanalyse, ZfB-Ergänzungsheft 1997, 83, 85 ff., die arbeitsrechtliche Regulierung auch als Instrument zur Herstellung von beiderseitiger Ko-Investitionsbereitschaft als ökonomisches Unternehmensinteresse bewerten; ausführlich Kübler, Investitionsanreize bei kurzfristigen Verträgen, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts (2001), S. 244 zu den Grenzen der Investitionsanreize bei kurzfristigen Verträgen.

²¹ So für das Unternehmensrecht Möslin, Contract Governance und Corporate Governance im Zusammenspiel, JZ 2010, 77.

²² Franck, in diesem Band, § 20, S. 537 unter Verweis auf Koller.

²³ Rebhahn, RdA 2009, 154.

Verfügung zu stellen.²⁴ Die Nutzung zur „Wertschöpfung“ und damit zu Gewinnerzielung auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten ist dem Arbeitgeber überlassen – der dies in einem konkreten arbeitsteiligen Zusammenhang erst zu organisieren hat. Der arbeitsteilige Zusammenhang wird durch Organisation und nicht über den Markt vermittelt. Auf der Rückseite der Nutzung von Arbeitskraft im Rahmen des vom Arbeitgeber organisierten Wertschöpfungszusammenhangs ist deshalb der Arbeitnehmer in seinen Dispositionsmöglichkeiten über die eigene Arbeitskraft beschränkt, insbesondere was die eigene unternehmerische Nutzung auf Güter- und Dienstleistungsmärkten betrifft.

So handelt es sich beim Arbeitsverhältnis um einen unvollständigen Vertrag, der im Verlauf seiner Dauer der Konkretisierung bedarf – mit allerdings ganz spezifischen Merkmalen: So ist einerseits die Konkretisierung notwendig allein der Seite des Unternehmens übertragen, das den Wertschöpfungszusammenhang organisiert. Und andererseits ist Gegenstand des Arbeitsverhältnisses mit der „Zurverfügungstellung von Arbeitskraft“ die Person des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin. Insofern ist das begründete Schuldverhältnis zwar nicht „personenrechtlich“, aber personenbezogen, denn der Mensch kann bei der Erfüllung des Arbeitsvertrags und der Arbeitsleistung seine „Personenhaftigkeit“ nicht ablegen.²⁵ So entsteht mit der Konkretisierungsbefugnis des Arbeitgebers (§ 106 GewO²⁶) ein Herrschaftsverhältnis.²⁷

d) Macht und „Schwäche“

Die Machtkonstellationen beeinträchtigen die Gleichwertigkeit der Autonomiepositionen der Vertragspartner: Einerseits bewirkt die Tatsache, dass die Arbeitnehmer in der Regel auf das Arbeitsverhältnis als Quelle der Existenzsicherung angewiesen sind, nicht nur Machtungleichgewichte bei Vertragsschluss, sondern führt auch zu einer Einengung der *Exit*-Optionen im laufenden Vertragsverhältnis, die über andere Beschränkungen durch spezifische Investitionen hinausgehen. Andererseits begründet die (Arbeits-)Organisation durch den Arbeitgeber eine spezifische Machtquelle.²⁸ Insofern bewirkt der Vertragsschluss

²⁴ So auch die ständige Rechtsprechung des BAG (BAGE 109, 87; BAGE 125, 257: „Die Leistungspflicht [...] orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers“).

²⁵ *Schwerdtner*, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen. ein Beitrag zum Gemeinschafts- und Vertragsdenken im Individualarbeitsrecht und allgemeinen Zivilrecht (1970), S. 86. Anschaulich bei *Potthoff*, Wesen und Ziel des Arbeitsrechtes (1922), S. 18, S. 38 ff.: „Das Arbeitsverhältnis ist kein Austauschverhältnis, sondern ein Organisationsverhältnis.“ „Es werden nicht Vermögenswerte getauscht, sondern Menschen zu einem Arbeitsverbände geeint. Der Arbeitnehmer [...] schuldet nicht einzelne Arbeitsleistungen, sondern räumt die Verfügung über seine Arbeitskraft ein.“

²⁶ Dazu genauer unten III.1.a)bb), S. 266.

²⁷ Zum Begriff der Herrschaft nach Max Weber siehe *Berger*, in diesem Band, § 3.

²⁸ Zur Organisation als „in der modernen Welt hervorragende Machtquelle“ siehe

tatsächlich eine „fundamentale Transformation“.²⁹ Es sind insofern der Arbeitsvertrag und die Begründung des Arbeitsverhältnisses in der arbeitsteiligen Organisation, die die Macht bei Vertragsschluss über das Direktionsrecht und eventuell weitere Handlungsbefugnisse in Herrschaft verwandeln.³⁰

Diese vertragsbezogene Analyse von Macht- und Herrschaftsverhältnissen ist unabhängig von der Analyse sozialer „Schwächen“. Konzepte, die im Gegensatz hierzu einen allgemeinen Schutz von „Schwächeren“ als gemeinsames Prinzip von Arbeitnehmer-, Verbraucher- oder Mieterschutz identifizieren,³¹ ermitteln die Stärke oder Schwäche von Personen überwiegend in Hinblick auf die individuellen Ressourcen der einzelnen Personen (ökonomisches Kapital, Bildungskapital, Beziehungskapital, etc.).³² Solche letztlich schichttheoretischen Überlegungen bezeichnen zwar wichtige Begleitfunktionen von „Schutzregelungen“. Sie erscheinen für eine vertragsrechtlich typisierende Anknüpfung jedoch nur begrenzt brauchbar.³³

Dazu kommen auch typische Rationalitätsabweichungen bei autonomen Entscheidungen, wie sie die „Behavioural Law and Economics“³⁴ analysieren; hier handelt es sich nicht um ein spezifisches Phänomen der Erwerbsarbeitsverträge. Allenfalls die Feststellung, dass „die Handlungsspielräume von Personen und diejenigen von institutionell vereinheitlichten Akteursgruppen auf kategorial unterschiedlichen Niveaus lokalisiert sind“,³⁵ erfasst einen Ausschnitt der spezifischen Machtverhältnisse in der Erwerbsarbeit: die Macht- und Herrschaftsverhältnisse, die mit Organisationen notwendig verbunden sind.

Franck, in diesem Band, § 20, S. 537 unter Bezug auf Galbraith. Siehe auch *Berger*, in diesem Band, § 3, S. 51 zu der Bedeutung der in Verbänden und Organisationen ausgeübten Macht.

²⁹ Siehe auch *Riesenhuber*, in diesem Band, § 9, S. 197 unter Bezug auf *Williamson*; er unterscheidet hier aber nicht die Problematiken der Langfristigkeit und der Einbindung in eine Organisation.

³⁰ Zur Unterscheidung von Macht und Herrschaft in *Webers* Bürokratietheorie ausführlich *Berger*, in diesem Band, § 3.

³¹ *Hippel*, *Der Schutz des Schwächeren* (1982).

³² Vgl. zu den Kapitalarten *Bourdieu*, Ökonomisches Kapital, kulturelles Kapital, soziales Kapital, in: Kreckel (Hrsg.), *Soziale Ungleichheiten* (1983), S. 183 ff.

³³ *Kocher*, *Funktionen der Rechtsprechung* (2007); hier liegt die Grenze zwischen Privat- und Sozialrecht; siehe auch *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts* (2. Aufl. 1998).

³⁴ Dazu *Möslein*, in diesem Band, § 21, S. 596 f.

³⁵ *Rölli*, in diesem Band, § 5, S. 90; siehe auch *Galanter*, *Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, *Law & Society Review* 9 (1974), 95 zu den Vorteilen von „repeat player“ gegenüber „one-shooter“ im Gerichtsverfahren; der Begriff der „Professionalität“ (*Franck*, in diesem Band, § 20, S. 548 f. in Bezug auf das Verbraucherrecht) erfasst nur einen Ausschnitt daraus.

II. Gegenstände und Instrumente der arbeitsrechtlichen Machtkontrolle und des Machtausgleichs

Die erwähnten Machtquellen und Machtkonstellationen genießen rechtliche Legitimität; insbesondere die Schaffung einer unternehmerischen Organisation und damit die Begründung entsprechender Herrschaftsverhältnisse und Weisungsbefugnisse sind Kern des Grundrechts des Unternehmens aus Art. 12, 14 GG. Das staatliche Arbeitsrecht begrenzt insofern durch zwingendes Recht die Ausübung solcher Macht im Interesse der Grundrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Das Arbeitsrecht kennt allerdings darüber hinaus Instrumente, mit denen unmittelbar Einfluss auf die Machtverhältnisse genommen werden soll: Im Gegensatz zum zwingenden Recht, das jenseits der demokratischen Verfahren keine weiteren *Voice*-Optionen als die der Rechtsmobilisierung eröffnet, dienen die prozeduralen Instrumente³⁶ der Kollektivverhandlungsfreiheit dazu, durch die Herstellung von Gegenmacht die Machtverhältnisse selbst so zu gestalten, dass Autonomie beider Seiten wirklich werden kann.

Im Folgenden wird deshalb bei den Instrumenten des Arbeitsrechts unterschieden zwischen dem „Machtausgleich“ durch zwingendes Recht und der „Machtkontrolle“ durch prozedurales Recht, das kollektive Regelungsbefugnisse auf der Basis von Gegenmacht reguliert.

1. Gegenstände des Machtausgleichs: Überblick

a) Zwingende Mindestbedingungen zur Sicherung der Existenzgrundlagen und zum Machtausgleich

Da Beschäftigte typischerweise auf ein Arbeitsverhältnis zur Existenzsicherung angewiesen sind, kann und muss das Recht gewährleisten, dass sie mit dem Arbeitsverhältnis dieses Ziel auch erreichen können. Das Sozialrecht einer privat-autonomen Gesellschaft sollte schließlich nur Auffanglösungen bieten für Menschen (insbesondere Kinder), die aus eigener Kraft die Existenzsicherung nicht „privat“ gewährleisten können.³⁷ Dennoch gibt es im deutschen Recht zur unmittelbaren Regelung der Existenzsicherung der Beschäftigten wenig privatrechtliche staatliche Normen. Seit 2015 gibt es aber auch in Deutschland einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn.³⁸

³⁶ *Möslein*, in diesem Band, § 21, S. 575 ff.

³⁷ *Waltermann*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten B zum 68. DJT (2010), S. 1 weist auch darauf hin, dass die Parteien privater Verträge sozialrechtliche Transferleistungen mit einkalkulierten und so Marktverzerrungen bewirkten, die nur durch privatrechtliche Mindestlohnregelungen verhindert werden könnten.

³⁸ Siehe auch Beschluss 10 der Arbeits- und Sozialrechtlichen Abteilung des 68. DJT im Jahre 2010 für einen einheitlichen, branchenunabhängigen Mindestlohn; zu den Min-

In Anknüpfung an tarifliche Normen werden im deutschen Recht darüber hinaus allgemein verbindliche Mindestentgelte festgesetzt und festgestellt (vgl. § 5 TVG, AEntG, § 3a AÜG. Darüber hinaus liegt eine Kernaufgabe der Tarifautonomie darin, nicht nur das für die Existenzsicherung „notwendige“ Entgelt, sondern auch das jeweils und differenziert „Angemessene“ zu regeln.³⁹

Neben den arbeitsrechtlichen Normen im engeren Sinn stehen die sozialrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Sicherungen bei den Risiken des Alters, der Gesundheit und der Arbeitslosigkeit. Auch sie knüpfen an das Bestehen eines Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnisses an (vgl. § 7 SGB IV).

Die Bedeutung des Arbeitsverhältnisses als Existenzgrundlage der Beschäftigten spielt aber noch an anderen Stellen eine Rolle: Sie erfordert auch ein Recht auf Zugang zur Erwerbsarbeit; es ist deshalb kein Zufall, wenn der Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht wesentlich weiter entwickelt ist als in anderen privatrechtlichen Bereichen.⁴⁰

Weitere zwingende Mindestnormen sollen die Macht bei Abschluss des Arbeitsverhältnisses dadurch ausgleichen, dass sie Grenzen der Vertragsfreiheit regeln. Dies betrifft Regelungen zum Schutz von Grundrechten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (wie vor allem die Regelungen zum Arbeits- und Gesundheitsschutz). § 618 BGB mit der „Fürsorgepflicht“ des Arbeitgebers kann insofern als Grundnorm gelten; ausführlich geregelt ist dies im Arbeitsschutzrecht, das bis heute teilweise mit öffentlich-rechtlichen Instrumenten agiert.⁴¹ Dazu gehört u.a. das Arbeitszeitrecht mit der Begrenzung der Höchstarbeitszeit; auch das Urlaubsrecht dient in erster Linie dem Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

b) Sicherung der Langfristigkeit und der Wandlungsfähigkeit des Dauerschuldverhältnisses

Dann gibt es eine weitere Gruppe von Normen, die Kontinuitätsinteressen im Dauerschuldverhältnis regeln und insofern spezifische Investitionen schützen können (siehe auch den Grundsatz des unbefristeten Arbeitsverhältnisses⁴²).

destentgelten in anderen europäischen Staaten siehe z.B. den Überblick *Schulten*, Stellenwert der Allgemeinverbindlicherklärung für die Tarifvertragssysteme in Europa, WSI-Mitt. 2012, 485 ff.

³⁹ Dazu unten S. 254 ff. Zur Unterscheidung zwischen Notwendigem und Angemessenem in diesem Zusammenhang siehe auch *Waltermann* (Fn. 37).

⁴⁰ Zur Reichweite des „Rechts auf Arbeit“ in völkerrechtlichen Konventionen und die Verbindung mit dem Diskriminierungsschutz siehe *Körner*, Das internationale Menschenrecht auf Arbeit (2004).

⁴¹ *Nogler/Reifner*, Der menschliche Makel – Principles of European Contract Law zwischen Merkantil- und Dienstleistungsgesellschaft, GS Zachert (2010), S. 54 zur Geschichte.

⁴² Art. 24 der ESC (Europäische Sozialcharta) und Art. 30 EU-Grundrechtscharta; siehe auch schon Erwägungsgrund 6 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge,

Dazu gehört der Kündigungsschutz (der insofern u.a. die Abnahme der Beschäftigungsfähigkeit durch die betriebliche Bindung kompensiert), aber auch das Recht des Betriebsübergangs. Zahlreiche Regelungen, die an die Betriebszugehörigkeit und Seniorität anknüpfen, können ebenfalls als Ausdruck eines rechtlichen Schutzes der Langfristigkeit des Verhältnisses gesehen werden.⁴³

Wie stark im Arbeitsrecht ‚das gesamte Leben‘ der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern geregelt und durch Rechte abgestützt wird, zeigt sich darüber hinaus an den Regelungen zur Vereinbarkeit von Familie, Privatleben und Erwerbsarbeit: Elternurlaub, Teilzeitanprüche, selbst die Regelungen über die behinderungsgerechte Anpassung von Arbeitsplätzen (§ 81 Abs. 4 SGB IX) oder über die gegenseitigen Verpflichtungen, Weiterbildung anzubieten und an Weiterbildung teilzunehmen, sind genauso Ausdruck der Langfristigkeit des Arbeitsverhältnisses wie der Tatsache, dass auf ihm die gesamte Existenz der meisten Menschen gründet – sowie Anerkennung der Tatsache, dass ein langfristiges Verhältnis für Veränderungen offen bleiben muss. Flexibilität und Anpassung des Dauerschuldverhältnisses müssen insofern nicht nur für eine, sondern für beide Seiten des Arbeitsverhältnisses gewährleistet sein.⁴⁴

Das Anliegen, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht allein in ihrer Funktion für den Betrieb, sondern gerade auch in ihren Unterschieden und Privatheiten zu respektieren und entsprechende Interessen für schutzwürdig zu halten, ist allerdings in der Vergangenheit kaum rechtlich berücksichtigt worden. Das Arbeitsrecht hatte lange Zeit überwiegend die „Stammarbeiterschaft“ und damit gleichzeitig das Modell des alleinigen Familienernährers im Fokus.⁴⁵

Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28.6.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge.

⁴³ *Franck*, in diesem Band, § 20, S. 552 erwähnt insofern § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG; zur Zulässigkeit dieser Anknüpfungen EuGH v. 3.10.2006 – Rs. C-17/05 *Cadman*, Slg. 2006, I-09583; EuGH v. 17.10.1989 – Rs. C-109/88 *Danfoss*, Slg. 1989, 03199.

⁴⁴ Ausführlich zu diesen Rechten *Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckebach/Zimmer*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie. Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf (2013); *Schliemann*, Pacta sunt varianda? – Zur Wirkung der Zustimmungsfiktion des § 8 TzBfG auf den Grundsatz „pacta sunt servanda“, FS Picker (2010), S. 1131, der das Recht auf Veränderung der Arbeitszeit für außergewöhnlich hält und übersieht, dass mit dem Weisungsrecht und Flexibilitätsklauseln ohnehin vielfältige Anpassungsmöglichkeiten rechtlich anerkannt sind.

⁴⁵ *Kohlrausch/Zimmer*, Erwerbsbiographien im Wandel. Neue Herausforderungen für Lebenslaufpolitiken, unveröffentlichtes Arbeitspapier 2012; zum Wandel siehe auch *Sachverständigenkommission zur Erstellung des Ersten Gleichstellungsberichtes der Bundesregierung*, Neue Wege – Gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf (2011).

c) *Regelung der arbeitsteiligen Kooperation: Betriebliche Mitbestimmung und Fairnessregeln*

Die Norm über das Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 106 GewO) stellt eine Grundlage des Arbeitsrechts in zweifacher Hinsicht dar: Einerseits geht sie von der vertraglichen Vereinbarung eines einseitigen Weisungsrechts in Bezug auf „Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung“ aus – andererseits scheint sie dies als Rechtsfolge erst zu begründen. Die Regelung anerkennt die Risikoverteilung des Arbeitsverhältnisses: Der Arbeitgeber hat die Befugnis, die Arbeitskraft in einen arbeitsteiligen Zusammenhang einzubinden. Zum Teil wird diese „Flexibilität“ durch besondere Vertragsgestaltungen und -klauseln sogar noch über die Befugnisse des § 106 GewO ausgedehnt.⁴⁶ Im Gegenzug trägt der Arbeitgeber das „Nutzungsrisiko“; die Regelung über den Annahmeverzug in § 615 BGB ist das notwendige Gegenstück zum Direktionsrecht.

Diese notwendige Ausgestaltungsbefugnis wird einerseits wie dargestellt zum Schutz von Grundrechten begrenzt. Andererseits ist sie Bezugspunkt und Gegenstand der betrieblichen Mitbestimmung nach dem BetrVG, die im Kern einer Regelung des arbeitsteiligen Zusammenhangs dient.⁴⁷ Die betriebliche Mitbestimmung sucht insofern das Funktionieren einer „reziprozitären Vertragsordnung auch in der zweckorientierten Großorganisation“ zu gewährleisten.⁴⁸ Mit Hilfe der betrieblichen Mitbestimmung wird gewährleistet, dass die Weisungsbefugnis unter Berücksichtigung legitimer Beschäftigteninteressen ausgeübt wird;⁴⁹ es handelt sich in der Sache um ein funktionales Äquivalent zur gerichtlichen Kontrolle der Billigkeit nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB.

Der betrieblichen Mitbestimmung geht es dabei auch um den „horizontalen“ Interessenausgleich unter den Beschäftigten des Betriebes. Es ist kein Zufall, dass § 75 BetrVG mit der Anforderung von Gleichbehandlung, Diskriminierungsschutz und Gewährleistung persönlicher Freiheit eine der wichtigsten Grenzen der betrieblichen Mitbestimmung benennt.⁵⁰ Diese Regelungen verweisen auf den Begründungszusammenhang des „allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleich-

⁴⁶ Zu vertraglich geregelten Flexibilitäten und den Grenzen siehe z.B. zuletzt *Schwarze*, Der „Kernbereich des Arbeitsvertrages“, RdA 2012, 321 ff.

⁴⁷ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (1992), S. 19: „Die Funktionsschwäche des individuellen Vertrags beruht ausschließlich darauf, dass der wirtschaftliche Erfolg eines Unternehmens eine einheitliche Planung, Organisation und Leitung voraussetzt: Deshalb sind individuelle Einzelarbeitsverträge weitgehend durch eine kollektive Ordnung ersetzt.“ Siehe auch *Windbichler*, Betriebs- und Tarifautonomie im internationalen Regimewettbewerb – Zur Funktion von Kollektivverträgen: eine juristische Analyse, in: Sadowski/Walwei (Hrsg.), Die ökonomische Analyse des Arbeitsrechts (2001), S. 249 ff. zur Funktion der „institutionalisierten Vertragshilfe“ bzw. *Contract Governance*.

⁴⁸ *Reichold*, Zeitsouveränität im Arbeitsverhältnis, NZA 1998, 393, 399.

⁴⁹ *Riesenhuber*, in diesem Band, § 9, S. 201 f.

⁵⁰ Eine weitere wichtige Grenze ist die der Kompetenz der Tarifparteien und der Tarifautonomie, siehe § 77 Abs. 3, § 87 Eingangssatz BetrVG, dort auch zu den Grenzen der Gesetze.

behandlungsgrundsatzes“.⁵¹ Er reagiert ebenfalls auf die organisatorische Einbindung von Personen bzw. den dadurch entstehenden kollektiven Kontext des Arbeitsverhältnisses.

Die Fairnessanforderungen, die sich aus der sozialen Dynamik in einem vom Arbeitgeber organisierten kollektiven und arbeitsteiligen Zusammenhang ergeben, spiegeln sich nicht zuletzt auch in den Rationalitätsanforderungen und Willkürverboten, die zahlreiche arbeitsrechtliche Regelungen enthalten (nicht zuletzt im Kündigungsschutzrecht⁵²). Es stellt eine große und bislang nicht zufrieden stellend gelöste Aufgabe dar, faire innerbetriebliche Verhandlungen über die Ausübung der Weisungsrechte auch dort zu gewährleisten, wo keine Organe der betrieblichen Mitbestimmung gewählt wurden.⁵³

2. Machtkontrolle durch Gegenmacht

Wie bei der betrieblichen Mitbestimmung handelt es sich auch bei der Tarifautonomie um ein spezifisch prozedurales Regelungsinstrument; die konkrete Ausgestaltung eines Standards bleibt Vereinbarungen auf einer „kollektivrechtlichen“ Ebene (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung) überlassen, das Gesetz beschränkt sich wie im allgemeinen Vertragsrecht auf die Regelung von Verfahren und die Anerkennung rechtlicher Wirkungen.

a) Die Bedeutung der Tarifautonomie als kollektive Ausübung von Privatautonomie

Die kollektive Selbstorganisation in Gewerkschaften (und Arbeitgeberverbänden) beruht auf dem freien Zusammenschluss.⁵⁴ Insbesondere die Gewerkschaftsfreiheit erfüllt aber im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG auch Funktionen einer „Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen“, die durch Kollektivverhandlungs- und Arbeitskampffreiheiten erfüllt werden.⁵⁵

⁵¹ Zum Kontext z.B. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht (1958); Richardi, Janusköpfigkeit der Pflicht zur Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, ZfA 2008, 31.

⁵² Vgl. z.B. Oetker, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (13. Aufl. 2013), § 1 KSchG, Rn. 239 ff.; auch Rn. 82 ff. für die Interessenabwägung.

⁵³ Ausführlich Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckebach/Zimmer, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie. Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf (2013); siehe auch schon Kocher, Prozedurale Individualisierung im Erwerbsleben – Gestaltungsansprüche als rechtliches Instrument der Integration (Procedural individualization in working life – reasonable accommodation as a legal tool), ZfRSoz 31 (2010), 109.

⁵⁴ Art. 9 Abs. 3 GG ist insofern diejenige Norm des deutschen Rechts, die die völkerrechtlichen und europarechtlichen Anforderungen der Vereinigungs- und Gewerkschaftsfreiheit umsetzt.

⁵⁵ Siehe insbesondere BVerfGE 58, 248 f.; BVerfGE 100, 223. Siehe auch EuGH v. 21.9.1999 – Rs. C-67/96 Albany, Slg. 1999, I-05751, C-117/97 Brentjens und C-219/97 Drijvende Bokken,

Bereits *Lotmar* und *Sinzheimer*, die Begründer des kollektiven Arbeitsrechts, sahen den Tarifvertrag im Gegensatz zum Einzelarbeitsvertrag dadurch als legitimiert an, dass es sich um wirkliche „Vereinbarungen“ handele.⁵⁶ Die Kollektivvereinbarungen sollen insofern die Individualarbeitsverträge inhaltlich aufüllen; die (strukturell nicht verhinderbaren) Machtungleichgewichte, die dem Arbeitsvertrag einen guten Teil seiner sachlichen Legitimation entziehen, könnten durch entsprechende Machtgleichgewichte auf kollektiver Ebene kompensiert werden.⁵⁷ Insofern trifft der Satz, die Tarifautonomie sei „kollektiv ausgeübte Privatautonomie“⁵⁸ tatsächlich einen Kern der Kollektivverhandlungsfreiheit im deutschen Arbeitsrecht.

Die Bedeutung der Tarifautonomie geht insofern weit über die Festlegung der unmittelbaren Austauschbedingungen oder des ‚Preises‘ der Arbeitskraft hinaus. Der kollektive Zusammenschluss war von Anfang auch ein Instrument der demokratischen Mitwirkung an der Gestaltung der Erwerbsarbeit. Und das gesamte Arbeitsrecht ist zu einem guten Teil aus dem kollektiven gewerkschaftlichen Zusammenschluss und damit aus der Selbstorganisation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erwachsen. Das Urlaubsrecht und die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wurden genauso wie das gesamte Sozialversicherungsrecht aus kollektivvertraglichen oder sonstigen kollektiv gewerkschaftlich organisierten Institutionen entwickelt. Und bis heute werden neue Regulierungsfragen wie Weiterbildung oder Arbeitszeitmodelle zunächst in tariflichen Entwicklungen vorgeprägt, bevor an eine etwaige gesetzliche Regelung zu denken ist.⁵⁹

Slg. 1999, I-06121; *Trstenjak*, Schlussanträge vom 14.4.2010 in der Rechtssache C-271/08 (Kommission ./ Deutschland, „Entgeltumwandlung“), EuGHE 2010, I-7091 ff.

⁵⁶ Siehe z.B. *Zachert*, Philipp Lotmar, Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, KJ 2007, 428 ff.; *Zachert*, Hugo Sinzheimer: praktischer Wissenschaftler und Pionier des modernen Arbeitsrechts, RdA 2001, 104; *Soravilla/Herrezuelo*, Der Schutz des „kleinen Freiberuflers“/selbstständig Erwerbstätigen: die spanische Lösung, EuzA 2010, 127; siehe auch *Seifert*, „Von der Person zum Menschen im Recht“ – Zum Begriff des sozialen Rechts bei Hugo Sinzheimer, SR 2011, 62.

⁵⁷ Siehe z.B. BVerfGE 34, 316; BVerfGE 44, 322; BVerfGE 84, 229.

⁵⁸ *Brecht-Heitzmann/Kempfen/Schubert/Seifert*, TVG (5. Aufl. 2013), Grundl, Rn. 78; 106; *Dieterich*, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, FS Schaub (1998), S. 121 ff.; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht-*Dieterich* (13. Aufl. 2013), Einl. GG Rn. 47, Art. 9 GG Rn. 55 f.; *Löwisch/Rieble*, TVG (3. Aufl. 2012), Grundl, Rn. 22 ff.; *Rieble*, Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5, 12 ff.; *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie. Tarifrecht im Spannungsfeld von Arbeits-, Privat- und Wirtschaftsrecht (2005), 55 ff.; 57 ff.: Tarifautonomie als verfahrensrechtliche Sicherung der Privatautonomie; siehe auch die Rekonstruktion von Sinzheimers Begründung bei *Zachert*, RdA 2001, 104 ff. („Spielregelkonsens“); vgl. auch *Zachert*, Legitimation arbeitsrechtlicher Regelungen aus historischer und aktueller Sicht, RdA 2004, 1 ff. zur Auseinandersetzung mit *Weber*.

⁵⁹ Für die Weiterbildung siehe z.B. *Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckebach/Zimmer*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie. Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf (2013).

b) Die rechtliche Anerkennung der Richtigkeitsvermutung von Tarifverträgen

Zu einem Instrument der *rechtlichen* Machtkontrolle durch Gegenmacht wird die Kollektivverhandlungsfreiheit allerdings erst dadurch, dass das Recht diesen Verträgen entsprechende Rechtswirkungen zuspricht.

aa) Rechtswirkungen von Tarifverträgen

Denn Tarifautonomie bedeutet im deutschen Recht mehr als lediglich die Befugnis zum Abschluss schuldrechtlicher Koalitionsverträge. Mit dem TVG erhalten die Tarifparteien zunächst die Möglichkeit der Normsetzung für ihre jeweiligen Mitglieder: Tarifverträge haben unmittelbare und zwingende Wirkung zwischen den beiderseits Tarifgebundenen (§ 4 Abs. 1 TVG).

Darauf beschränken sich die Wirkungen eines Tarifvertrags jedoch nicht. So vertrauen „die Arbeitsvertragsparteien“ (bzw. in der Regel der Arbeitgeber als Verwender entsprechender Allgemeiner Arbeitsbedingungen) meist darauf, darauf, dass tariflichen Regelungen eine „Richtigkeit“ über die Tarifgebundenheit im strengen Sinn (§ 3 TVG) zukomme. Die weite Verbreitung individualvertraglicher Bezugnahmeklauseln bewirkt in der Praxis, dass der einzelne Arbeitnehmer einem vom Arbeitgeber angewandten Tarifvertrag faktisch und rechtlich nicht entfliehen kann.⁶⁰

Aber auch der Gesetzgeber zieht sich im Privatrecht nicht selten auf die „Sachgerechtigkeit“ bzw. „Richtigkeitsgewähr“⁶¹ oder „Richtigkeitschance“⁶² tariflicher Regelungen zurück, wenn er Tarifdispositivität gesetzlicher zwingender Vorschriften anordnet.⁶³ Tarifliche Normen (sowie große Bezugnahmeklauseln⁶⁴) werden anders als individualvertragliche Allgemeine Arbeitsbedingungen nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB nicht auf ihre Angemessenheit kontrolliert. Und schon die Existenz einer gleichlautenden tariflichen Regelung bewirkt nach § 307 Abs. 4 Satz 3 BGB, dass individualvertragliche Bestimmungen nicht mehr kontrollierbar sind. *De lege lata* ist es den Tarifparteien häufig erlaubt, von gesetz-

⁶⁰ Rieble, ZfA 2000, 5 (keine Exit-Option); Schüren, Tarifgeltung für Außenseiter?, RdA 1988, 138, 147 ff.; siehe auch empirisch Ellguth/Kohaut, Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung, WSI-Mitt. 2012, 297 ff. Zur Funktion der Tarifverträge als „institutionalisierter Vertragshilfe“ Windbichler (Fn. 47), S. 249 ff.

⁶¹ BAG, AP Nr. 15 zu § TVG Ordnungsprinzip; Wiedemann, Normsetzung durch Vertrag, FS Dieterich (1999), S. 672 ff. (Folge des Vertragscharakters); Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht-Dieterich (13. Aufl. 2013), GG Art. 9, Rn. 47 („Richtigkeitsgewähr des kollektiven Vertragsmechanismus“); Löwisch/Rieble, (TVG (3. Aufl. 2012), Grundl., Rn. 131; Gammillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I (1997), S. 268 ff.

⁶² Brecht-Heitzmann/Kempen/Schubert/Seifert, TVG (5. Aufl. 2013), Grundl, Rn. 118; ausführlich zur Debatte Däubler-Reim/Nebe, TVG (3. Aufl. 2012), § 1 TVG, Rn. 149 ff.

⁶³ Siehe auch Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht-Preis (13. Aufl. 2013), § 310 BGB, Rn. 13; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht-Kania (13. Aufl. 2013), § 87 BetrVG, Rn. 14; Benecke, Unternehmensbezogene Tariffähigkeit einer Gewerkschaft, SAE 1998, 65 für § 87 BetrVG.

⁶⁴ § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB; siehe z.B. BAG, BB 2013, 179.

lichen Rechtsstandards abzuweichen (§ 13 BUrIG, §§ 7, 12 ArbZG, §§ 13 Abs. 3, 22 Abs. 2 TzBfG, § 622 Abs. 4 BGB, § 4 Abs. 4 EFG, § 21a JArbSchG, § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 und 3 AÜG oder § 3 BetrVG, §§ 48 Abs. 2, 101 Abs. 1, 2 ArbGG) – z.T. auch zu Ungunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und mit Wirkung für Nicht-Tarifgebundene.⁶⁵ Nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG scheidet die Mitbestimmung des Betriebsrats aus, wo bereits eine tarifliche Regelung besteht. Auch für die Feststellung von Lohnwucher nach § 138 BGB und § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB wird an tariflichen Normen angeknüpft.⁶⁶ Zu diesen unmittelbaren Tarifwirkungen kommen noch die Möglichkeiten der Geltungserstreckung von Tarifverträgen auf Nicht-Tarifgebundene durch Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG oder Rechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG sowie die wettbewerbsrechtlichen Wirkungen tariflicher Mindeststandards.⁶⁷

bb) Gegenstand der Richtigkeitsvermutung und Legitimation

Wie diese Wirkungen legitimiert sind, ist Gegenstand einer alten Debatte, bei der sich die Positionen einer Legitimation als delegierte Rechtssetzung im öffentlichen Interesse⁶⁸ oder als Ausdruck der kollektiv ausgeübten Privatautonomie⁶⁹ gegenüber stehen. Man kann in dieser Debatte die Dualität „Zustimmung“ und „Gemeinwohl“ als Legitimation erkennen⁷⁰ – allerdings in einer ganz spezifischen Form, da Zustimmung auf Arbeitsmärkten und in hierarchischen Organisationen wenig Rückschlüsse auf Autonomie zulässt, und das „kollektive Interesse“ nicht identisch ist mit dem, was in der Regel unter „Gemeinwohl“ verstanden wird.⁷¹

⁶⁵ Dazu auch *Kempen*, „Form follows function“ – Zum Begriff der „Gewerkschaft“ in der tarif- und arbeitskampfrechtlichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (2004), S. 746 ff.; zur Kontrolle der immanenten Grenzen der Dispositionsbefugnis siehe auch *Schüren*, Tarifverträge ohne mitgliedschaftliche Legitimation – eine Skizze, FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (2004), S. 880 f.; 885 ff. insbesondere für die Leiharbeit.

⁶⁶ Zuletzt BAG, BB 2012, 2375; siehe schon z.B. BAG, AuR 2001, 509 m. krit. Anm. *Peter*.

⁶⁷ Vgl. *Kocher*, Unternehmerische Selbstverpflichtungen im Wettbewerb, GRUR 2005, 648 f.

⁶⁸ So jedenfalls für die Legitimation der Wirkungen der Tarifautonomie *Hanau*, Verbands-, Tarif- und Gerichtspluralismus, NZA 2003, 128, 662, 667; vgl. auch *Wiedemann/Oetker*, TVG (6. Aufl.1999), § 1, Rn. 43 ff. (vom Staat anerkannte Rechtssetzungsbefugnis), der damals den Ansatz als „heute (noch) überwiegende Auffassung“ bezeichnete; zur Debatte ausführlich *Däubler-Reim/Nebe*, TVG (3. Aufl. 2012), § 1 TVG, Rn. 52 ff. („kann heute als weitgehend überwunden angesehen werden“).

⁶⁹ Siehe oben bei Fn. 58, S. 254.

⁷⁰ *Bachmann*, in diesem Band, § 23, S. 613.

⁷¹ Zu diesen Konzepten ausführlich *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung (2007), S. 76 ff. und passim. Vgl. auch den insofern wohl unzureichenden Begriff des „Gruppenwohls“ bei *Bachmann*, in diesem Band, § 23, S. 615.

Ganz allgemein wird man dabei sagen können, dass die Tarifwirkungen für die Mitglieder der Tarifvertragsparteien stärker durch kollektiv ausgeübte Autonomie, die Tarifwirkungen für Nicht-Tarifgebundene hingegen stärker durch „Richtigkeit“ legitimiert sind. Dem Gegenstand dieser „Richtigkeitschance“ wiederum kommt man wohl durch einen Vergleich mit anderen „kollektiven“ Marktstandards am nächsten, wie z.B. der „Verkehrsrichtigkeit“, dem Standard des „vernünftigen Kaufmanns“ oder „Treu und Glauben“.⁷² Auch hier handelt es sich ja um „gesellschaftliche Maßstäbe“, die vom Recht anerkannt werden, und die weder unmittelbar durch die individuelle Zustimmung noch als Ausdruck des Gemeinwohls legitimiert gelten können. Dementsprechend bestimmt das Bundesarbeitsgericht z.B. den Maßstab des Lohnwuchers (§ 138 BGB: „gute Sitten“) nach tariflichen Regelungen: Tarifverträge gelten danach als Ausdruck des Marktpreises, bzw. als Ausdruck des „objektiven Werts der Arbeitsleistung“, der sich nach dem „allgemeinen Lohnniveau im Wirtschaftsgebiet“ bestimme.⁷³

Interessant bleibt allerdings: Wenn der durch Individualverträge gestaltete Markt nicht für Richtigkeit in diesem Sinne bürgen kann – unter welchen Voraussetzungen können dies Tarifverträge? In der Wucherrechtsprechung wird insofern vorausgesetzt, dass die Tarifentgelte im jeweiligen Wirtschaftszweig „üblich“ sind – was angenommen wird, wenn mindestens 50 Prozent der Arbeitgeber in dem Wirtschaftsgebiet tarifgebunden sind oder wenn mindestens 50 Prozent der Beschäftigten bei tarifgebundenen Arbeitgebern arbeiten.⁷⁴ „Repräsentativität“ ist also eine wichtige Grundlage der Richtigkeitsvermutung. Im Tariffrecht gibt es bereits eine lange Diskussion dazu, mit Hilfe welcher Kriterien davon ausgegangen werden kann, dass das Richtigkeitsvertrauen der Mitglieder der Tarifvertragsparteien⁷⁵ sowie der auf Tarifverträge Bezug nehmenden Arbeitsvertragsparteien eine ausreichende Grundlage für die rechtliche Anerkennung darstellen kann. Dabei spielt auch die Gewährleistung einer Kongruenz von Organisationinteressen und repräsentierten (kollektiven) Interessen eine große Rolle.

⁷² Siehe auch *Barnert*, *Der eingebildete Dritte* (2008) zu den im allgemeinen Zivilrecht verwandten verobjektivierten Maßstäben. Zur kollektiven Verständigung auf Massenmärkten siehe auch schon *Kocher*, *Informationspflichten des europäischen Verbrauchervertragsrechts* in der deutschen Rechtsgeschäftslehre, ZEuP 2006, 785 ff.

⁷³ BAG, AuR 2001, 509 m. krit. Anm. *Peter*. Gibt es eine solche tarifliche Regelung, die den Marktwert der Arbeit für die Gerichte festlegt, so betrachten die Arbeitsgerichte nun ein Entgelt von 50 Prozent des Tarifentgelts als Lohnwucher, in Ausnahmefällen auch bei einer geringeren Differenz (BAG, BB 2012, 2375).

⁷⁴ BAG, NZA 2009, 837 Rn. 24; BAG, NZA 2012, 978; ausführlich zur Feststellung der Tarifbindung LAG Hamm, BB 2009, 893.

⁷⁵ Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht-*Dieterich* (13. Aufl. 2013), S. 121 zum Richtigkeitsvertrauen der Mitglieder.

c) Grundlage der Richtigkeitsvermutung: „Soziale Mächtigkeit“

Im Mittelpunkt dieser Debatte steht die Unterscheidung zwischen dem Begriff der Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG und dem der Tariffähigkeit nach § 2 Abs. 1 TVG.⁷⁶ Den Anforderungen der Koalitionsfreiheit im allgemeinen Sinn wird damit genügt, dass jede Koalition schuldrechtlich wirkende Kollektivverträge zugunsten Dritter oder Rahmenverträge außerhalb des TVG abschließen kann.⁷⁷ Für die Wahrnehmung der Tarifautonomie als eines Ausschnitts der Koalitionsfreiheit, also den Abschluss von Tarifverträgen mit den Rechtsfolgen der §§ 3–9 TVG bedarf es hingegen zusätzlich der „Tariffähigkeit“.⁷⁸

aa) Gegenmacht: Fähigkeit zur Ausübung von Druck

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts setzt Tariffähigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 TVG für Arbeitnehmervereinigungen⁷⁹ über die Koalitionseigenschaft nach Art. 9 Abs. 3 GG hinaus insbesondere „soziale Mächtigkeit“ voraus⁸⁰ – ein funktionales Äquivalent der „Repräsentativität“, wie sie in anderen Rechtsordnungen als Voraussetzung der Kollektivvertragsfähigkeit gefordert wird.⁸¹ Der Begriff der sozialen Mächtigkeit hat zwei Aspekte, den der Durchsetzungsfähigkeit gegenüber dem sozialen Gegenspieler und den der Leistungsfähigkeit.⁸²

Nachdem das Bundesverfassungsgericht die Kernbereichsformel aufgegeben hat, haben sowohl das BVerfG⁸³ wie das BAG die Geltung dieser Grundsätze wiederholt bestätigt, das BAG vor allem im CGM-Beschluss vom 6.6.2000⁸⁴. Für

⁷⁶ BAG, AP Nr. 30 zu § 2 TVG (GKD); zustimmend zum Beispiel *Deinert*, Zur Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition, AuR 2004, 212, 213.

⁷⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 54 zu § 2 TVG; BAG IPRspr 2004, Nr. 476, 110.

⁷⁸ Ausführlich und methodisch informiert zu diesem Typusbegriff und der dabei notwendigen Rechtsfortbildung *Herschel*, Leistungsfähigkeit – Eine Voraussetzung arbeitsrechtlicher Koalitionen, AuR 1976, 225, 229 ff.

⁷⁹ Zur unbeschränkten Tariffähigkeit einzelner Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände siehe insbesondere BAG, AP Nr. 40 zu § 2 TVG; für einzelne Arbeitgeber auch BAG, BB 2003, 1125 ff.; bestritten für Arbeitgeberverbände unter Hinweis auf den Staatsvertrag *Gitter*, Durchsetzungsfähigkeit als Kriterium der Tariffähigkeit für einzelne Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände, FS Kissel (1994), 265 ff.

⁸⁰ Vgl. die Darstellung von „dualistischem“ und „monistischem“ Modell bei *Suckow*, Gewerkschaftliche Mächtigkeit als Determinante korporatistischer Tarifsysteme (2000), S. 39 ff.

⁸¹ Siehe auch schon *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997), S. 428: Durchsetzungsfähigkeit als deutsche Ausformung des Begriffs der Repräsentativität; genauso *Deinert*, AuR 2004, 212.

⁸² BAG, AP Nr. 25 zu § 2 TVG (Berliner Akademiker-Bund).

⁸³ BVerfGE 100, 214, 223. Die Kontinuität erklärt sich daraus, dass das BVerfG bereits in seiner grundlegenden Entscheidung zur DAV (BVerfGE 58, 233, 248 ff.) ein strenges Verhältnismäßigkeitsprinzip angewandt hatte.

⁸⁴ BAG, AP Nr. 9 zu § 9 ArbGG 1997 (CGM); siehe auch BAG, AuR 2005, 28 f. (Ufo e.V.).

die Auslegung ist danach auch Leitsatz A (Generelle Leitsätze) III (Sozialunion) 2. des Staatsvertrages zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zu berücksichtigen: „Tariffähige Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände müssen [...] in der Lage sein, durch Ausüben von Druck auf den Tarifpartner zu einem Tarifabschluss zu kommen“⁸⁵. Ihm komme ein ähnlicher Status zu wie gesetzgeberischen Begründungserwägungen zu § 2 Abs. 1 TVG.⁸⁶

Gegen das Merkmal der „sozialen Mächtigkeit“ wurde zunächst eingewandt, diese Anforderung würde die Gründung neuer Gewerkschaften verhindern und entspräche einem Parteiverbot⁸⁷. Dieser Vergleich zeigt eine Gefahr der Diskussion auf: Die grundrechtlichen Zusammenhänge können nicht nur zu einer „Überhöhung der Koalitions- zur Geistesfreiheit“ verführen⁸⁸, die bei einheitlichem Gewerkschaftsbegriff durchaus nachvollziehbar wäre, sondern auch zu einem Ineinssetzen der Tariffähigkeit mit der Kollektivvertragsfreiheit. Bei dem Mächtigkeitskriterium geht es jedoch um die Gewährleistung der Funktionen der Tariffähigkeit, d.h. um die Gewährleistung der Richtigkeitsvermutung von Tarifverträgen.⁸⁹

In einer solchen „tarifvertragsfunktionalen“ Auslegung steht im Mittelpunkt die Fähigkeit der jeweiligen Organisation, durch Ausüben von Druck ‚zu einem Tarifabschluss zu kommen‘. Mit einer solch funktionalen Auslegung begründet auch das Bundesverfassungsgericht seine Anforderung der „Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler“.⁹⁰ Instrument der Gegenmacht (oder „Mächtigkeit“) ist danach vor allem die Möglichkeit, Druck ausüben zu können, die sich entweder aus der Anzahl der Mitglieder oder aus deren Stellung im Arbeitsleben. Dem liegt letztlich eine Vorstellung von „gegengewichtiger Marktmacht“ zu Grunde.⁹¹

⁸⁵ Staatsvertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18.5.1990 (BGBl. II 518).

⁸⁶ BAG, AP Nr. 9 zu § 97 ArbGG 1997 (CGM); vgl. auch Löwisch/Rieble, TVG (3. Aufl. 2012), § 2, Rn. 14: unverbindliche Auslegungshilfe.

⁸⁷ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997), S. 433 f. Für einen Überblick über die Einwände siehe auch *Eitel*, Die Ungleichbehandlung der repräsentativen und nicht repräsentativen Gewerkschaften durch den Staat (1991), S. 55 ff. Eine Analogie mit Parteien verwendet auch BVerfGE 58, 233, 250.

⁸⁸ *Herschel*, AuR 1976, 225.

⁸⁹ Vgl. auch *Kempfen*, FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (2004), S. 736.

⁹⁰ Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit verbiete es, „die Tariffähigkeit von Umständen abhängig zu machen, die nicht von der Sache selbst gefordert sind“ (BVerfGE 58, 233 (248 f); bestätigt in BVerfGE 100, 214, 223).

⁹¹ Vgl. den Hinweis auf Galbraith von *Mestmäcker*, in diesem Buch § 2, S. 38, 42 f.; *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie. Tarifrecht im Spannungsfeld von Arbeits-, Privat- und Wirtschaftsrecht (2005), S. 80 ff.; siehe auch *Kempfen*, FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (2004), S. 737 zur Funktion der Tarifautonomie als marktähnlichem Mechanismus.

bb) Quellen von Gegenmacht

Kern dieses Verständnisses von Tarifautonomie ist seine Verbindung mit dem Arbeitskampfrecht, denn der (wirtschaftliche) Gegendruck wird in der Regel durch den Streik ausgeübt, der ja vor allem ein wirtschaftliches Druckmittel darstellt. Angesichts dieser Verbindung liegt es nahe, die Arbeitskampffähigkeit und -bereitschaft für eine Voraussetzung der Tariffähigkeit zu halten.⁹²

Dem widerspricht allerdings das Bundesarbeitsgericht: „Streikfähigkeit und Streikbereitschaft sind nur ein besonderer Ausdruck der Druck- und Gegendruckfähigkeit und des Willens einer Arbeitnehmerkoalition, diesen Druck und Gegendruck auszuüben.“ Letztlich komme es darauf an, ob eine Organisation „fühlbaren Druck“ ausüben könne; die Koalition müsse „so mächtig und leistungsfähig sein, dass der Gegenspieler sich veranlasst sieht, auf Verhandlungen über den Abschluss einer tariflichen Regelung der Arbeitsbedingungen einzugehen und zum Abschluss eines Tarifvertrags zu kommen.“⁹³

Die Frage, auf welche Weise ohne die glaubhafte Möglichkeit eines Arbeitskamps Druck so ausgeübt werden könne, dass das Ergebnis als eines von gleichwertigen Verhandlungspartnern Anerkennung als Tarifvertrag verdiene, ist aber bislang offen geblieben; das BAG selbst hatte schließlich das Problem schon einmal mit der berühmten Formulierung auf den Punkt gebracht, Tarifverhandlungen ohne das Recht zum Streik seien „nicht mehr als ‚kollektives Betteln‘“ bzw. beruhten „nur auf dem einseitigen Willensentschluss einer Seite“ und böten „daher nicht die Gewähr eines sachgerechten Ausgleichs der beiderseitigen Interessen“.⁹⁴ Bezeichnend sind insofern die Aussagen in den Entscheidungen zur Tariffähigkeit des „Verbandes der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie“, in denen das Gericht andeutet, dass es für die Durchsetzungsfähigkeit ausreichen könne, wenn in eine argumentative Auseinandersetzung mit der Gegenseite eingetreten werde – während gleichzeitig aus dem Sachverhalt hervorgeht, dass es dem Verband über mehrere Jahre hinweg gerade nicht gelungen war, auch nur in ernsthafte Verhandlungen mit der Gegenseite zu kommen.⁹⁵

⁹² Ausführlich hierzu *Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckebach/Zimmer*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie. Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf (2013).

⁹³ BAG, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG (Verband der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie); genauso *Schaub-Treber*, Arbeitsrechts-Handbuch (14. Aufl. 2011), § 198, Rn. 10.

⁹⁴ BAG, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁹⁵ BAG, AP Nr. 32 zu § 2 TVG; a.A. zur Tariffähigkeit insoweit LAG Düsseldorf, EzA § 2 TVG Nr. 9 wo angesichts des geringen Jahresbeitrags auch das Fehlen der erforderlichen wirtschaftlichen Basis für einen Arbeitskampf bemängelt wurde. Siehe auch schon BAG, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG (Verband der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie) mit der Annahme, „[es sei] aber nicht auszuschließen, daß leitende Angestellte schon aufgrund ihrer Schlüsselstellung im Arbeitsleben auf den sozialen Gegenspieler so viel Einfluß nehmen können, daß dieser sich Verhandlungen mit der Koalition nicht entziehen kann.“

Das heißt nicht, dass „unter Umständen“ im Grundsatz nicht auch andere Instrumente wie „etwa Beeinflussung der öffentlichen Meinung [...] oder Lobbyismus“ als Druckmittel in Betracht kämen.⁹⁶ Aber welche Umstände könnten dies sein?

Tatsächlich kann sich die Marktmacht von Verbänden aus unterschiedlichen Quellen speisen. Auf diese kommt es auch für die Beurteilung der „Leistungsfähigkeit“ an, die neben der Durchsetzungsfähigkeit zweites Kriterium der Tariffähigkeit ist.⁹⁷ Der Begriff der Leistungsfähigkeit verweist auf die finanziellen⁹⁸ und organisatorischen Voraussetzungen, die eine Arbeitnehmervereinigung mitbringen muss, um einen Tarifabschluss vorbereiten, ihrer Mitgliedschaft vermitteln und nach Abschluss tatsächlich durchführen zu können.⁹⁹ „Die Arbeitnehmervereinigung [müsse] auch von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage sein, die ihr gestellten Aufgaben zu erfüllen.“¹⁰⁰ Auch die „Autorität“ einer Arbeitnehmervereinigung bzw. die Macht der Organisation als „repeat player“¹⁰¹ im Verhältnis zu Wirtschaft, Gesellschaft und Tarifgegnern kann ihre konkrete Verhandlungsmacht beeinflussen.¹⁰² Insofern kann in Einzelfällen wohl tatsächlich die unmittelbare Mitgliederbasis durch eine „mittelbare“ Mitgliederbasis kompensiert werden,¹⁰³ und eine Einheitsgewerkschaft kann Gegenmacht im Sinne von inhaltlicher Leistungsfähigkeit und zivilgesellschaftlicher Einflussmöglichkeit auch daraus ziehen, dass ihre Mitgliedsstruktur die Struktur der Arbeitnehmerschaft insgesamt widerspiegelt.¹⁰⁴ Im Verhältnis zur

⁹⁶ Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht-Franzen (13. Aufl. 2013), § 2 TVG Rn. 10.

⁹⁷ LAG Berlin, AP Nr. 48 zu § 2 TVG (GKD), dort auch zum Verhältnis der beiden Kriterien; ausführlich zu dieser Debatte *Kocher*, Relative Durchsetzungsfähigkeit: Notwendige oder hinreichende Bedingung der Tariffähigkeit?, DB 2005, 2816.

⁹⁸ Welche finanziellen Rahmenbedingungen gegeben sein muss, um glaubhaft von Streikbereitschaft und Streikfähigkeit sprechen zu können, ist ein anderes Thema (vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit; BAG, AP Nr. 30 zu § 2 TVG (Bergarbeiterverband Marl bzw. „Deutscher Arbeitnehmer-Verband“); a.A. *Kempen*, FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (2004); in Richtung einer Berücksichtigung finanzieller Voraussetzungen der Streikfähigkeit aber BAG, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG; BAG, AP Nr. 32 zu § 2 TVG (Verband der oberen Angestellten der Eisen- und Stahlindustrie).

⁹⁹ „Ordnungsfunktion“ der Tarifautonomie, siehe Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht-Dieterich (13. Aufl. 2013), GG Art. 9 Rn. 53 f.

¹⁰⁰ BAG, AP Nr. 55 zu § 2 TVG (BTÜ).

¹⁰¹ Zum Begriff *Galanter*, Law & Society Review 1974, 95, der ihn allerdings ausschließlich für die gerichtliche Rechtsdurchsetzung verwendet.

¹⁰² Siehe zum Merkmal der Erfahrung auch *Schüren*, FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (2004), S. 878; vgl. auch *Benecke*, SAE 1998, 60, 65.

¹⁰³ So geht *Schüren*, Die Verfassungsmäßigkeit der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, RdA 2006, 303, 306 davon aus, dass die Tariffähigkeit der DGB-Gewerkschaften im Bereich der Leiharbeit mit ihrer Mitgliedschaft in den Stammbelegschaft begründet werden könne, „die durchaus begreift, was „Dumpinglöhne“ für Leiharbeiternehmer mittelfristig für sie selbst bewirken.“

¹⁰⁴ Zum Problem der virtuellen Repräsentation *Schüren*, RdA 1988, 138.

wirtschaftlichen Gegenmacht, die durch Arbeitskämpfungsfähigkeit entsteht, dürfen dies alles jedoch sekundäre Kriterien sein.

cc) *Kongruenz von Organisationsinteressen und repräsentierten Interessen*

Macht und Gegenmacht sind komplexe Phänomene. Gamillscheg hat schon früh diese Schwierigkeit der Verrechtlichung des Gegengewichtsprinzips problematisiert; durch die weite Begrifflichkeit ergebe sich eine zu große Macht der Gerichte.¹⁰⁵ Er ist andererseits selbst der Meinung, ein Tarifvertrag dürfe nicht anerkannt werden, wenn er eine Gefälligkeitsleistung gegenüber einem Arbeitgeber darstelle.¹⁰⁶ Will man jedoch keine Inhalts- und Richtigkeitskontrolle von Tarifverträgen vornehmen, so bleibt als Alternative nur der Weg der prozeduralen Kontrolle des Verfahrens¹⁰⁷ – und dieser Weg wird mit dem Kriterium der sozialen Mächtigkeit als Bedingung der Tariffähigkeit beschränkt.

Die prozedurale Kontrolle ist so ein Weg, die Legitimation durch Richtigkeit und durch Zustimmung¹⁰⁸ zu vermitteln. Denn die Zustimmung zum Tarifvertrag über die Tarifbindung ist eine vermittelte Zustimmung zur Repräsentation¹⁰⁹; die Richtigkeit von Leistung und Gegenleistung in einem von Macht und Herrschaft geprägten Verhältnis verbindlich festzustellen, ist jedoch eine Frage, die nur im äußersten Notfall einem Gericht übertragen werden sollte. Die Richtigkeit wird hier deshalb richtigerweise verfahrensmäßig legitimiert, indem die „Macht der Organisation“ insoweit als ausreichende Gegenmacht unterstellt wird, als sie auf eine ausreichende „Repräsentativität“ und damit auf ausreichende Zustimmung durch die Repräsentierten zurückgreifen kann.

Die Eigenschaft eines Verbands als frei gebildete und repräsentative Mitgliedsorganisation ist insofern dasjenige Merkmal, das Richtigkeit der Interessenrepräsentation mit Repräsentativität und damit einem Grad von Zustimmung verbindet. Nur so kann auch ohne Inhaltskontrolle gesichert werden, dass die Eigeninteressen einer Interessenvertretung den Interessen der Vertretenen

¹⁰⁵ Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I (1997), S. 431; Gamillscheg, Sozialpolitische Bedeutung und Repräsentativität der Gewerkschaft im deutschen und ausländischen Recht, FS Herschel (1982), 99 ff.

¹⁰⁶ Gamillscheg, FS Herschel (1982), 99, 115 Der Darstellung in Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I (1997), S. 433 f. lässt sich entnehmen, dass er eine Regelung für angemessen hielte, die in etwa der 5-Prozent-Hürde bei politischen Parteien entspräche.

¹⁰⁷ Zum Umfang der Inhaltskontrolle siehe BAG, NZA 2004, 215; vgl. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht-Dieterich (13. Aufl. 2013), Einl GG, Rn. 48; Löwisch/Rieble, TVG (3. Aufl. 2012), Grundl., Rn. 131; für eine stärkere Inhaltskontrolle als Alternative zur Prüfung der sozialen Mächtigkeit aber Eitel, Die Ungleichbehandlung der repräsentativen und nicht repräsentativen Gewerkschaften durch den Staat (1991), S. 143 ff.; Wiedemann, Anm. zu BAG, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG; enger Wiedemann, FS Dieterich (1999), S. 675.

¹⁰⁸ Zu diesen Kriterien Bachmann in diesem Buch, § 23, S. 612 f.

¹⁰⁹ Zur Repräsentation siehe auch Kocher, Funktionen der Rechtsprechung (2007), S. 59 ff.

möglichst weitgehend entsprechen. Denn die Problematik kollektiven und repräsentativen Handelns – die nicht notwendige Übereinstimmung von individueller und kollektiver Rationalität¹¹⁰ – gilt selbstverständlich auch für die Tarifpolitik.¹¹¹ So können z.B. einzelne Verbände organisationspolitische Interessen daran haben, in einem tariflichen Bereich und/oder in einem bestimmten sozialpolitischen Bereich gesellschaftliche und rechtliche Anerkennung zu gewinnen und damit den eigenen (Fort-) Bestand zu sichern.

Dies ist der Grund, weshalb die Repräsentativität und damit der Organisationsgrad das entscheidende Verfahrensmerkmal sein muss. Dies zusammen mit einer demokratischen inneren Struktur sind die Instrumente, mit denen die Funktionsfähigkeit der Interessenrepräsentation in Mitgliedsorganisationen gesichert werden kann, und die gewährleisten können, dass die Eigeninteressen der Organisation gegenüber den repräsentierten Mitgliederinteressen nicht die Oberhand gewinnen.

Rechtsprechung und Gesetzgebung haben diese wichtige Voraussetzung funktionierender Gegenmachtprinzipien zuletzt nicht immer ausreichend beachtet. Falsche Anreize werden gesetzt, wenn das Recht Tarifverträge „als solche“ zu einem erstrebenswerten und gleichzeitig leicht erreichbaren Ziel erklärt.¹¹² Dies geschah z.B. mit der „CGM-Rechtsprechung“, die den Abschluss von „Tarifverträgen“ als solchen als Indiz für die Tariffähigkeit anerkannte,¹¹³ womit der Vertragsschluss als solcher unabhängig von seinem Inhalt zu einem Organisationsinteresse wurde. Eine Fehlsteuerung bewirkte auch die Tariffähigkeit im Bereich der Leiharbeit (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 9 Nr. 2 S. 2 AÜG). Da sie mit der gesetzlichen Entgeltregelung („equal pay“) einen maßgeblichen wirtschaftlichen Faktor¹¹⁴ für tariffähig erklärte, entstand eine „stark wirkende Zwangssteuerung in Richtung Tarifregelung“¹¹⁵, die auf Seite der Arbeitneh-

¹¹⁰ Olson, Die Logik des kollektiven Handelns. Kollektivgüter und die Theorie der Gruppen (1992).

¹¹¹ Kocher, Funktionen der Rechtsprechung (2007), S. 59 ff.; zum Problem auch Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie. Tarifrecht im Spannungsfeld von Arbeits-, Privat- und Wirtschaftsrecht (2005), S. 82.

¹¹² Zur Zwiespältigkeit solcher „Anreize“ siehe auch Blanke, Thesen zur Zukunft des Arbeitsrechts, KJ 2004, 11 ff.

¹¹³ BAG, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit (CGM II). Das Gericht distanziert sich allerdings mittlerweile selbst wieder von dieser Rechtsprechung (siehe BAG, NZA 2011, 300, 301, wonach die Tariffähigkeit durch den Abschluss von Tarifverträgen nicht entstehe, sondern durch diese nur indiziert werden könne: „Für die einzelfallbezogene Beurteilung der Mächtigkeit und Leistungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung kommt der Mitgliederzahl eine entscheidende Bedeutung zu.“).

¹¹⁴ Zu diesem Aspekt kritisch Schüren, RdA 2006, 303; siehe auch Ulber, AÜG (3. Aufl. 2006), § 9 Rdn. 266f; Bayreuther, Nachwirkungen von Zeitarbeitsarbeitsverträgen im Kontext des Equal Pay/Treatment-Gebots des AÜG, BB 2010, 313.

¹¹⁵ Schüren, AÜG (4. Aufl. 2010), § 9 Rn. 103 hält sie auch für verfassungsrechtlich denklich.

merorganisationen z.T. allein von organisationspolitischen Interessen angetrieben war und durch das Arbeitgeberinteresse an solchen Tarifverträgen befeuert wurde.¹¹⁶ Indem diese Dispositivität der arbeitsvertraglichen Bezugnahme von Nicht-Tarifgebundenen zugänglich gemacht wurde, wurde darüber hinaus der Annahme¹¹⁷, dass eine Gewerkschaft, der es nicht gelinge, akzeptable Tarifverträge abzuschließen, kaum Überlebenschancen haben werde, die wettbewerbliche Basis entzogen.

III. Grundbegriffe der rechtlichen Typisierung von Macht im Recht der Erwerbsarbeit

1. Rechtliche Tatbestände der „Macht“ in der Erwerbsarbeit

Die beschriebenen Ungleichgewichte und Machtverhältnisse im Arbeitsverhältnis bringt das Recht selbst in seinen Anknüpfungen mehr oder weniger gelungen auf Begriffe.

„In Bezug auf das charakteristische Merkmal spielen dabei von Anfang an [(und in allen Rechtsordnungen)] zwei Elemente eine wesentliche Rolle: zum einen die Art der Koordination der Arbeitsleistung (organisatorischer Aspekt) und zum anderen wirtschaftliche Aspekte (Verteilung von Risiken und Chancen und wirtschaftliche Abhängigkeit).“¹¹⁸

a) „Persönliche“ Abhängigkeit

aa) Definitionsmerkmale des Arbeitsverhältnisses

Arbeitsrechtliche Gesetze und Kollektivverträge beziehen sich in der Regel auf ein Arbeitsverhältnis zwischen „Arbeitnehmer“ und „Arbeitgeber“, dessen Zentralbegriff die „persönliche Abhängigkeit“ darstellt.

Die Merkmale dieses Begriffs wurden in der deutschen Rechtsprechung¹¹⁹ insbesondere aus der Abgrenzung zur Selbstständigkeit iSv § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB entwickelt, wo es als maßgeblich für die Selbstständigkeit eines Handelsvertreters angesehen wird, dass er „im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“. Nach Meinung des BAG enthält diese Norm „eine allgemeine gesetzgeberische Wertung“¹²⁰, ein „typisches Ab-

¹¹⁶ Schüren, Tarifunfähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008, 239; die fehlende Tariffähigkeit der CGZP wurde auch höchstrichterlich festgestellt: BAGE 136, 302; vgl. BVerfG, NJW 2015, 1867.

¹¹⁷ Bayreuther, Gewerkschaftspluralismus im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung – Abschied vom „Einheitstarifvertrag“?, BB 2005, 2633, 2636; ähnlich Benecke, SAE 1998, 60.

¹¹⁸ Rebhahn, RdA 2009, 154.

¹¹⁹ Zum Rechtsvergleich siehe unten bei Fn. 169, S.276.

¹²⁰ BAG, AfP 1994, 72.

grenzungsmerkmal“, „zumal dies die einzige Norm ist, die dafür Kriterien enthält“¹²¹. Hier handelt es sich offensichtlich um einen Versuch der Verrechtlichung der Machtbeziehung, die aus der Organisation des arbeitsteiligen Zusammenwirkens durch den Arbeitgeber erwächst.

Angeknüpft wird hier ausschließlich an das Verhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien, indem danach gefragt wird, inwiefern der Arbeitnehmer in die Organisation des Arbeitgebers eingebunden ist. Maßgeblich sei der Grad der „persönlichen Abhängigkeit“ im Verhältnis zum jeweiligen Arbeitgeber, das heißt insbesondere die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in die betriebliche Ablauforganisation, vor allem hinsichtlich der Arbeitszeit und der Ausführung der Aufgaben.

bb) Weisungsrecht: Die Macht der Organisation

In der Frühzeit des deutschen Arbeitsrechts unterschied man insofern noch recht deutlich zwischen einer Anknüpfung am „Weisungsrecht“ und einer Anknüpfung an der „Eingliederung in den fremden Organisationsbereich“.¹²² Schon Sinzheimer unterschied insofern die vertragliche von der organisatorischen Sphäre.¹²³ Arbeitsrechtliche Gesetze beziehen sich bis heute sowohl auf das „Arbeitsverhältnis“¹²⁴ als auch auf den „Arbeitsvertrag“¹²⁵. Spätestens seit den 1950er Jahren ist allerdings unumstritten, dass die Eingliederung allenfalls zusätzlich zum Vertragsschluss eine Rolle spielen kann, nicht jedoch anstelle des Vertragsschlusses.¹²⁶ Denn selbstverständlich ist es der Vertrag, der allein

¹²¹ BAG, AP Nr. 12 zu § 5 ArbGG 1979.

¹²² Vgl. *Riesenhuber*, in diesem Band, § 9, S. 199; kritisch zu den damit früher oft verbundenen Fürsorge- und Gemeinschaftsgedanken im Gegensatz zu vertraglichen Konzepten auch *Nogler*, *The concept of „subordination“ in European and comparative law* (2009), S. 30 ff.; in Deutschland brachte insofern *Schwerdtner* (*Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen. ein Beitrag zum Gemeinschafts- und Vertragsdenken im Individualarbeitsrecht und allgemeinen Zivilrecht* (1970)) die Wende.

¹²³ Vgl. *Nogler*, *The concept of „subordination“ in European and comparative law* (2009), S. 34 m.w.N.

¹²⁴ So vor allem im BGB: § 613a (Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang); § 619a (Beweislast bei Haftung des Arbeitnehmers); § 621 (Kündigungsfristen bei Dienstverhältnissen); § 622 (Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen); § 623 (Schriftform der Kündigung); § 627 (Fristlose Kündigung bei Vertrauensstellung); durchgängig in den §§ 24, 70, 102 BetrVG; im KSchG etc.

¹²⁵ Dieser Begriff wird vor allem außerhalb des Arbeitsrecht benutzt in § 491 BGB, § 10 InsO, KWG, VAG sowie Art. 137 EG-Vertrag sowie im Sozialversicherungsrecht. Er findet sich aber auch im TzBfG sowie in § 5 BetrVG zum Arbeitnehmerbegriff.

¹²⁶ Siehe insbesondere den damaligen Hauptvertreter der „Eingliederungstheorie“ *Nikisch*, *Die Eingliederung in ihrer Bedeutung für das Arbeitsrecht*, RdA 1960, 1 („modifizierte arbeitsrechtliche Eingliederungstheorie“ nach *Unterseher*, *Arbeitsvertrag und innerbetriebliche Herrschaft. Eine historische Untersuchung* (1969), S. 64 ff.; 42 ff.; vgl. auch *Molitors* Unterscheidung zwischen Einigung über den Arbeitsvertrag (Verpflichtung zur Einordnung) und „tatsächlicher“ (nicht-rechtsgeschäftlicher) Einigung über die Einord-

eine Legitimation für die Begründung organisatorischer Herrschaftsverhältnisse sein kann. Das im Arbeitsvertrag normierte Weisungsrecht¹²⁷ stellt gerade die Rechtsgrundlage für die Eingliederung in die Organisation dar. Die „persönliche Abhängigkeit“, die das Arbeitsverhältnis ausmacht, ist arbeitsvertraglich im Weisungsrecht legitimiert.¹²⁸ Die Eingliederung ist das tatsächliche Ergebnis der vertraglichen „Unterwerfung“,¹²⁹ und umgekehrt sind konkrete Weisungen Ausdruck der Eingliederung in eine arbeitsteilige Organisation. Denn die Organisation bzw. der kollektive Zusammenhang „Betrieb“ kann im Arbeitsalltag die Erteilung konkreter Weisungen ersetzen;¹³⁰ diese können auch indirekt über die Benennung von Zielen und informelle Steuerungsmechanismen wie Teambesprechungen oder Arbeitsgruppenbeschlüsse erteilt werden.¹³¹

Das Weisungsrecht ist so in gleicher Weise Rechtsfolge des Abschlusses eines Arbeitsvertrags wie Tatbestandsvoraussetzung arbeitsrechtlichen Schutzes: Es begründet die Schutzbedürftigkeit, auf die Arbeitsrecht zu reagieren beansprucht.

b) „Wirtschaftliche“ Abhängigkeit und „abhängige Selbstständigkeit“

Die deutsche Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts hatte sich für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft zunächst an der „wirtschaftlichen Abhängigkeit“ orientiert, wobei als maßgeblich gesehen wurde, aus welchen Erwerbsquellen die abhängige Person ihr Einkommen bezieht.¹³²

nung selbst (*Molitor*, Arbeitnehmer und Betrieb (1929), S. 17 ff.). Vgl. auch anschaulich LAG Nürnberg, ZIP 1999, 769; BAGE 93, 310 (Zwangsarbeiter).

¹²⁷ Zum „Vorrang der Tatsachen“ bei der Interpretation des Arbeitsvertrags siehe unten bei Fn. 177, S. 278.

¹²⁸ Vgl. auch *Nogler*, The concept of „subordination“ in European and comparative law (2009), S. 30, der meint, dass eine der wesentlichen Funktionen des Arbeitsrechts darin bestehe, das Machtverhältnis der fordistischen Produktionsweise zu legitimieren.

¹²⁹ Vgl. *Sinzheimer*, Grundzüge des Arbeitsrechts (1927), S. 119: Die Eingliederung sei der „personenrechtliche Akt“ und die Unterwerfung der „obligatorische Teil“ des Anstellungsvertrags.

¹³⁰ So die Formulierung von *Schüren*, Abgrenzung und Identifikation von (Schein-)Werkverträgen – Eine Skizze, FS Däubler (1999), 90, 93; genauer auch *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige (1988), S. 46 f.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb. Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht (1996), Rn. 94 ff.

¹³¹ *Rebhahn*, RdA 2009, 154; siehe auch *Reichold*, NZA 1998, 393; siehe z.B. auch BAG, AP Nr. 41 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit („Der Betriebsrat hat [...] mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber die Überstunden [...] nur duldet, indem er sie entgegennimmt und bezahlt. Der Arbeitgeber ist Herr seines Betriebes. Er kann und muß seinen Betrieb organisieren.“).

¹³² Vgl. die Nachweise bei *Schliemann*, Das Arbeitsrecht im BGB (2. Aufl. 2002), § 611, Rn. 198. Bereits das RAG selbst änderte bereits 1930 seine Rechtsprechung.

aa) „Arbeitnehmerähnliche Person“ und „abhängige Selbstständigkeit“

Eine Fortsetzung¹³³ erfährt dieser Gedanke im arbeitsrechtlichen Schutz „arbeitnehmerähnlicher“ Rechtsverhältnisse. Arbeitnehmerähnliche Personen haben Rechte auf Urlaub (§ 2 BUrlG), auf Zugang zu den Arbeitsgerichten (§ 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG), auf Tarifautonomie (§ 12a TVG), auf Schutz der Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG), auf Diskriminierungsschutz (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG), Datenschutz (§ 3 Abs. 11 BDSG; § 3 Nr. 12 GenDG) sowie Freistellung für familiäre Pflegeobliegenheiten (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 PflegeZG).¹³⁴

Arbeitnehmerähnlich sind danach Personen, die rechtlich selbstständig (also keine „Arbeitnehmer“), aber wirtschaftlich unselbständig sind.¹³⁵ Dabei ist nicht die grundsätzliche Abhängigkeit von der Erwerbsquelle „Arbeitsverhältnis“ maßgeblich, sondern die konkrete wirtschaftliche Abhängigkeit von einem bestimmten Arbeitgeber bzw. Auftraggeber; es kommt darauf an, ob das dienstberechtigte Unternehmen die einzige Erwerbsquelle darstellt.¹³⁶ Des Weiteren müsse der wirtschaftlich Abhängige, um als arbeitnehmerähnlich angesehen werden zu können, seiner gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sein; hierfür seien die gesamten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung maßgeblich.¹³⁷ Strittig ist, ob dem Merkmal der „einem Arbeitnehmer vergleichbaren sozialen Schutzbedürftigkeit“ (§ 12a TVG) über die wirtschaftliche Abhängigkeit hinaus eine eigenständige Bedeutung zukommt. Das BAG hat die Ansicht vertreten, die soziale Schutzbedürftigkeit sei ein eigenständiges Kriterium. Eine Person sei z.B. dann nicht als arbeitnehmerähnlich einzustufen sei, wenn sie noch erhebliche andere Erwerbsquellen habe.¹³⁸ In der Literatur wird das Merkmal der „einem Arbeitnehmer vergleichbaren Schutzbedürftigkeit“ hingegen überwiegend als überflüss-

¹³³ Zur Debatte um eine Aufnahme dieser Elemente im Arbeitnehmerbegriff siehe unten bei III.2.a), S. 273 ff.

¹³⁴ Siehe auch § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Stärkung des Ehrenamtes in der Jugendarbeit oder die Bildungsurlaubsgesetze der Länder Berlin, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Schleswig-Holstein. Für einen Überblick auch *Griese*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen, FS Otto (2008), S. 109.

¹³⁵ BAGE 66, 113, 116; BAG, AP Nr. 38 zu § 5 ArbGG; BAG, AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG; BAG, AP Nr. 30 zu § 5 ArbGG; ebenso BGH, NZA 1999, 53; siehe genauer *Rebhahn*, RdA 2009, 154; *Appel/Frantzoch*, Sozialer Schutz in der Selbständigkeit, AuR 1998, 93 ff.; *Hromadka*, Arbeitnehmerähnliche Personen, NZA 1997, 1249, 1256; *Frantzoch*, Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht. Eine Untersuchung der rechtlichen Stellung von Selbständigen in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit (2000), S. 47 ff.; zu dieser Fallgruppe auch schon genauer *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige (1988), S. 177 ff.; 235 ff.

¹³⁶ *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige (1988), S. 48 f.

¹³⁷ BAG, AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG.

¹³⁸ BAG, AP Nr. 1 zu § 12a TVG; BAG, AP Nr. 9 zu § 5 ArbGG.

sig beurteilt; die arbeitnehmerähnliche Person sei „persönlich selbständig, aber wirtschaftlich abhängig und *deshalb* sozial schutzbedürftig“.¹³⁹

Das Heimarbeitsgesetz verwendet zwar nicht den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person, definiert aber das Schutzbedürfnis genau wie § 5 ArbGG nach dem „Ausmaß der wirtschaftlichen Abhängigkeit“ (§ 1 Abs. 2 Satz 2 HAG). Im Sozialrecht gibt es darüber hinaus für die Rentenversicherung den Begriff der „arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen“ nach § 2 Nr. 9 SGB VI („Personen, die a) im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und b) auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind; bei Gesellschaftern gelten als Auftraggeber die Auftraggeber der Gesellschaft“). Auch die Rechtsverhältnisse behinderter Menschen im Arbeitsbereich anerkannter Werkstätten gelten als „arbeitnehmerähnliche Rechtsverhältnisse“ (§ 138 Abs. 1 SGB IV).¹⁴⁰

Solche Rechtsfiguren, die zwischen dem „Arbeitsvertrag“ und der „Selbstständigkeit“ liegen, gibt es mittlerweile in zahlreichen europäischen Staaten.¹⁴¹ So kennt Spanien mit der Gruppe der „wirtschaftlich abhängigen Beschäftigten“ bzw. wirtschaftlich abhängigen Solo-Selbstständigen (Art. 11 des Gesetzes 20/2007 LETA (Estatuto del trabajo autónomo)) eine Gruppe von Personen, deren Recht auf Urlaub und Ruhezeit genauso anerkannt wird wie kurzfristige Freistellung aus familiären und persönlichen Gründen; hier gibt es darüber hinaus nicht nur ein gewisses Mindestmaß an sozialer Sicherheit (Art. 12), sondern auch Elemente eines Kündigungsschutzes (Pflicht des Kunden, eine Vertragsauflösung zu begründen, sowie Abfindung für den Fall des willkürlichen Verlust des Beschäftigung (Art. 15 Abs. 1)).¹⁴²

In Italien gibt es einen gewissen arbeitsrechtsähnlichen Schutz für in „parasubordinazione“ Beschäftigte (Art. 409 No. 3 Civil Procedure Code¹⁴³) und für Projektbeschäftigte (Art. 61 Gesetz 2003/276). Im Rahmen eines solchen „Vertrags für projektbezogene Zusammenarbeit“ gelten Schutzbestimmungen bezüg-

¹³⁹ *Hromádka*, NZA 1997, 1249; ähnlich *Boemke*, Neue Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis, ZfA 1998, 285, 319.

¹⁴⁰ Vgl. aber die Debatte um EuGH v. 26.3.2015 – Rs. C-316/13 *Fenoll*.

¹⁴¹ Ein Überblick über diese Regelungen findet sich schon in der Initiativstellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Neue Trends bei der selbstständigen Erwerbstätigkeit: der Sonderfall der wirtschaftlich abhängigen selbstständigen Erwerbstätigkeit“, ABl. C 18 vom 19.1.2011, 44–52; ausführlich schon *Rebhahn*, RdA 2009, 236; siehe auch *Wachter*, Arbeitnehmerähnliche Personen im österreichischen Arbeits- und Sozialrecht, ZIAS 2000, 250 (zu Österreich und Portugal); *Waas*, Werkvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag: Abgrenzung und Identifikation im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen (2012), dort auch zum schwedischen und österreichischen Recht.

¹⁴² Vgl. auch *Soravilla/Herrezuelo*, EuzA 2010, 127; *Landa Zapirain*, Regulation of Dependent Self-Employed Workers in Spain, in: Fudge/McCrystal/Sankaran (Hrsg.), *Challenging the legal boundaries of work regulation* (2012), S. 155.

¹⁴³ „Arbeitnehmerähnlichkeit“ könnte eine geeignete Übersetzung dieses Begriffs sein.

lich Schwangerschaft, Krankheit, Arbeitsunfall und Ruhestand.¹⁴⁴ Das Arbeitsrecht des Vereinigten Königreichs regelt neben dem „employee“ die weitere Kategorie der „worker“; die so Benannten haben z.B. einen Krankengeldanspruch, aber auch Rechte auf Mindestlohn, Begrenzung der Arbeitszeit und Unterbrechung der Tätigkeit in besonderen Fällen.¹⁴⁵

bb) Definitionsmerkmale der „arbeitnehmerähnlichen Person“ bzw. der „abhängigen Selbstständigkeit“

In den genannten Fällen wird die Schutzbedürftigkeit in aller Regel durch zwei Merkmale definiert und begründet, deren Verhältnis zueinander durchaus unterschiedlich geregelt und im Einzelnen alles andere als klar ist: Es geht um „wirtschaftliche Abhängigkeit“ und „Solo-Selbstständigkeit“. Vorausgesetzt wird also in aller Regel, dass der/die Erwerbstätige

- die Leistung persönlich¹⁴⁶ und ohne eigene Beschäftigte erbringt, sowie
- in besonderer Weise an einen einzigen Kunden oder eine einzige Auftraggeberin gebunden ist.

Für das zweite Merkmal wird z. T. auf die Höhe des Umsatzes aus der für einen einzelnen Kunden geleisteten Arbeit, z. T. auf die Dauer der Beziehung zwischen Erwerbstätiem und Kunden abgestellt.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Ausführlich Busch/Feldhoff/Nebe-Borzaga, Übergänge im Arbeitsleben und (Re) Inklusion in den Arbeitsmarkt (2012), S. 99; Nogler, The concept of „subordination“ in European and comparative law (2009), S. 88 ff.

¹⁴⁵ Zum englischen Recht siehe z.B. Nogler, The concept of „subordination“ in European and comparative law (2009), S. 117 ff. Ein Überblick über diese Regelungen findet sich schon in der Initiativstellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 19.1.2011; siehe auch Waas, Werkvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag: Abgrenzung und Identifikation im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen (2012), dort auch zum schwedischen und österreichischen Recht.

¹⁴⁶ Vgl. die Bedeutung der persönlichen Leistungserbringung für den Begriff des „workers“ nach Supreme Court Englands in *Autoclenz Ltd v Belcher* [2011] ALLELR 2011, 745 ff.; zur „klassischen Definition“ insbesondere *MacKenna in Ready mixed Concrete (South East) Ltd v Minister of Pensions and national Insurance* [1968] 1 ALLELR 433 439 f.

¹⁴⁷ Initiativstellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Neue Trends bei der selbstständigen Erwerbstätigkeit: der Sonderfall der wirtschaftlich abhängigen selbstständigen Erwerbstätigkeit“, ABl. C 18 vom 19.1.2011, 44–52; für einen Überblick siehe auch Perulli, Travail économique dépendant/parasubordination: les aspects juridiques, sociales et économiques (2003) (http://www.metiseurope.eu/content/pdf/n8/7_parasubordination.pdf); vgl. die italienischen Kriterien der Dauer der Beziehung sowie der „Koordination“ zwischen Arbeitsaktivität und betrieblichen Zielen (Borzaga, Wirtschaftlich abhängige Selbständige in Italien und Deutschland, in: Busch/Feldhoff/Nebe (Hrsg.), Übergänge im Arbeitsleben und (Re)Inklusion in den Arbeitsmarkt (2012), S. 100 f).

c) „Beschäftigung“ als Anknüpfungsmerkmal?

Zuletzt sei ein dritter Begriff erwähnt, der im deutschen Recht immer häufiger als Oberbegriff für unterschiedliche Rechtsformen von Erwerbsarbeitsverhältnissen verwandt wird:¹⁴⁸ Der Begriff des „Beschäftigten“ dient in Gesetzen als Anknüpfungspunkt, der auch Bereiche des öffentlichen Dienstes unabhängig von der zivil- oder öffentlich-rechtlichen Rechtsform der Beschäftigung erfasst. In § 4 Abs. 1 BPersVG z.B. heißt es: „Beschäftigte im öffentlichen Dienst im Sinne dieses Gesetzes sind die Beamten und Arbeitnehmer einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten sowie Richter, die an eine der [...] genannten Verwaltungen oder zur Wahrnehmung einer nichtrichterlichen Tätigkeit an ein Gericht des Bundes abgeordnet sind.“ Das Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter im öffentlichen Dienst (BGleiG) zählt in § 4 Abs. 1 zu den „Beschäftigte[n] im Sinne dieses Gesetzes“ auch „Inhaberinnen und Inhaber öffentlich-rechtlicher Ämter“.

Für den Anwendungsbereich des Arbeitsschutzgesetzes erweitert § 2 Abs. 2 ArbSchG den arbeitsrechtlichen Anwendungsbereich ebenfalls vor allem auf Beamtinnen und Beamte (sowie Richterinnen und Richter und Soldatinnen und Soldaten). Der Begriff erfüllt hier aber noch eine weitere Funktion: Er bezieht neben den „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern“ sowie den Auszubildenden die arbeitnehmerähnlichen Personen sowie die Heimarbeiterinnen und Heimarbeiter ein. Daran knüpft auch § 7 Abs. 1 PflegeZG an (der jedoch die Beamtinnen und Beamten nicht erfasst), sowie § 6 Abs. 1 AGG, wo der Begriff darüber hinaus dazu verwendet wird klarzustellen, dass im vor- und nachvertraglichen Bereich der Anwendungsbereich des Beschäftigungskapitels des Gesetzes (§§ 6–18 AGG) eröffnet sei.

Die Verwendung des Beschäftigten-Begriffs für ganz unterschiedliche Sachverhalte – Ausweitung auf Beamtinnen und Beamte einerseits und Ausdehnung auf wirtschaftliche abhängige Personen andererseits – führt zu Unklarheit.¹⁴⁹ Sie weist aber auf ein Problem hin: Rechtssystematisch wird zwar zwischen „Arbeitsrecht“ und „Zivilrecht“ unterschieden – der Anwendungsbereich zahlreicher arbeits- wie sozialrechtlicher Regelungen lässt sich mit dem Begriff des „Arbeitnehmers“ weder hinreichend trennscharf noch konzeptionell hinreichend überzeugend begrenzen.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Im Sozialversicherungsrecht (nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV sind alle „Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind“, versichert) macht hingegen die Bezugnahme auf Merkmale der persönlichen Abhängigkeit in § 7 SGB IV klar, dass hier letztlich nicht viel anderes gemeint ist als mit dem Begriff des „Arbeitnehmers“.

¹⁴⁹ *Richardi*, NZA 2010, 1101 ff. meint, dass der Gesetzgeber insofern gegen das Transparenzgebot verstoße.

¹⁵⁰ Zur Ausdehnung des arbeitsrechtlichen Schutzes auf „Arbeitnehmerähnliche“ in einem umfassenderen Sinn siehe unten bei Fn. 161, S. 274.

d) Regelungen für die selbstständige Erwerbsarbeit

Selbst in Bezug auf die selbstständige Erwerbsarbeit wird über eine soziale Sicherung von Risiken nachgedacht, insbesondere in der Rentenversicherung – allerdings personenbezogen und nicht vertragsbezogen.¹⁵¹ Auch spricht einiges dafür, dass Rechte auf kollektive Organisation in bestimmten Verhältnissen auch auf selbstständig Beschäftigte anwendbar sein können.¹⁵²

Es gibt in Deutschland jedoch nur einige wenige Regelungen, welche die Erwerbsarbeitsverträge der selbstständig Erwerbstätigen unmittelbar betreffen. Hier ist insbesondere auf die allgemeine arbeitsschutzrechtliche Fürsorgepflicht des § 618 BGB hinzuweisen, die auch in einem werkvertraglichen Verhältnis analog angewandt wird, wenn der Unternehmer zur Erfüllung der ihm obliegenden Verrichtungen die Räume des Bestellers betreten muss.¹⁵³ Auch ist die europäische Bildschirmrichtlinie 90/270/EG nach der Rechtsprechung des EuGH auf alle Arbeitsplätze anwendbar, unabhängig davon, ob sie mit „Arbeitnehmern“ besetzt sind.¹⁵⁴ Im Übrigen gibt es die (nicht verbindliche) Empfehlung 2003/134/EG zur Verbesserung des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit Selbstständiger am Arbeitsplatz – die sich aber nur an den Staat richtet, der Sensibilisierungskampagnen unternehmen sowie den Zugang zu Schulungsmaßnahmen und zur Gesundheitsüberwachung sichern soll. Nicht uninteressant sind ebenfalls die Regelungen der Arbeitszeiten von Kraftfahrern; sie sind zwar mit der Sicherheit des Straßenverkehrs begründet, verfolgen aber gleichzeitig Arbeitsschutzziele.¹⁵⁵

Ansonsten gibt es noch Rechte auf Schutz vor Diskriminierung, die in der Regel auch auf die selbstständige Erwerbstätigkeit Anwendung finden.¹⁵⁶ So dient die Richtlinie 2010/41/EU der „Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbe-

¹⁵¹ Für einen Überblick im deutschen Recht siehe *Bernhardt*, Die sozialversicherungsrechtliche Absicherung „kleiner Selbständiger“, in: Busch/Feldhoff/Nebe (Hrsg.), Übergänge im Arbeitsleben und (Re)Inklusion in den Arbeitsmarkt (2012), S. 113; zur Einbeziehung in die Rentenversicherung (und Streichung des § 2 S. 1 Nr. 9b) SGB VI) siehe Beschluss 13 der Abteilung Arbeits- und Sozialrecht des 68. DJT 2010 im Anschluss an *Waltermann* (Fn. 37); zum italienischen System für selbstständig Erwerbstätige siehe z.B. *Nogler*, The concept of „subordination“ in European and comparative law (2009), S. 85 ff. Vgl. auch *Bieback*, Kreativwirtschaft und die Absicherung des Risikos Krankheit in einer Erwerbstätigen-/Bürgerversicherung, in: Friedrich Ebert-Stiftung (Hrsg.), Soziale Sicherung für Soloselbstständige in der Kreativwirtschaft (2012), S. 27 ff.

¹⁵² *Schlachter*, Streikrecht außerhalb des Arbeitsverhältnisses?, GS Zachert (2010), S. 639; 643 ff., die auf das ILO-Übereinkommen Nr. 141 über die Verbände ländlicher Arbeitskräfte hinweist, das auch selbstständig Tätige erfasst, und ein Arbeitskämpfrecht selbständig Beschäftigter aus Art. 9 Abs. 3 GG ableitet.

¹⁵³ BGHZ 5, 62; siehe schon RGZ 159, 268.

¹⁵⁴ EuGH, NZA 1997, 307.

¹⁵⁵ Gesetz zur Regelung der Arbeitszeit von selbständigen Kraftfahrern v. 11.7.2012, das insofern Richtlinie 2002/15/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2002 umsetzt (siehe dazu z.B. *Wiebauer*, Arbeitsgrenzen für selbstständige Kraftfahrer, NZA 2012, 1331, der die Notwendigkeit des Arbeitsschutzes von Selbstständigen bestreitet).

¹⁵⁶ Der Anwendungsbereich entsprechender Richtlinien wird in der Regel als „Beschäft-

handlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben“ (sie beruht auf einer entsprechenden Richtlinie von 1986).¹⁵⁷ Nach wie vor sieht sie jedoch für „alle Personen, die nach den Bedingungen des innerstaatlichen Rechts eine Erwerbstätigkeit auf eigene Rechnung ausüben“ (Art. 2a), lediglich Rechte auf Mutterschutz (Art. 8) sowie die Zuständigkeit der nationalen Gleichbehandlungsstellen vor. Auch Richtlinie 2006/54/EG, die Diskriminierung wegen des Geschlechts in der Erwerbsarbeit verbietet, erfasst über Art. 14 Abs. 1a) den Zugang zur selbständigen Erwerbstätigkeit.¹⁵⁸ § 6 Abs. 3 AGG erklärt darüber hinaus alle Regeln des Antidiskriminierungsrechts auch für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg Selbstständiger und Organmitglieder für anwendbar.

2. „Abhängigkeit“ und „Macht“: Grenzen der rechtlichen Typisierung

Die Verrechtlichung sozialer Tatbestände der Macht muss insofern unzulänglich bleiben, als sie (notwendigerweise¹⁵⁹) pauschalierend und typisierend auf strukturelle Ungleichgewichte abstellt und deshalb die individuellen Machtverhältnisse auch nur für diejenigen Fälle erfasst, die der Typik entsprechend. In der sozialen Realität müssen scharfe rechtliche Abgrenzungen willkürlich wirken, wo in Wirklichkeit diffuse Grenzen vorliegen.

a) Persönliche Abhängigkeit, wirtschaftliche Abhängigkeit und persönliche Leistungserbringung

Dies gilt insbesondere für die Erfassung der unterschiedlichen Verträge und Macht- und Herrschaftsverhältnisse der Erwerbsarbeit. Dass die Arbeitnehmereigenschaft sich mit der „persönlichen Abhängigkeit“ auf die Anknüpfung an eine dieser Dimensionen beschränkt, war schon einer der Gründe für die Entwicklung des Gegenmodells von Wank gewesen; er bemühte sich um eine Ergänzung des Begriffs um die Dimension der Stellung auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten, d.h. um die Bedeutung des unternehmerischen Risikos. Für die Einordnung als „Arbeitnehmer“ müsse es auch eine Rolle spielen, ob die freiwillige Übernahme eines unternehmerischen Risikos fehle und der Betreffende auf

tigung und Beruf“, also unabhängig von rechtssystematischen Unterscheidungen nach Vertragstypen, definiert.

¹⁵⁷ Im Vorschlag der Kommission war noch ein Recht auf Urlaub zur Pflege von Familienangehörigen vorgesehen (KOM(2008) 636 endgültig).

¹⁵⁸ Siehe auch Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6. 2000 zum Verbot der Diskriminierung wegen Rasse oder ethnischer Herkunft sowie Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 in Hinblick auf Geschlechtsdiskriminierung, deren Anwendungsbereich darüber hinaus auch den Zugang zu/Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen erfasst.

¹⁵⁹ BVerfGE 81, 242, Rn. 48.

die Chance zu eigenen Gewinnen durch unternehmerisches Handeln verzichtet habe.¹⁶⁰

Das BAG verwendet diese Merkmale zum Teil ergänzend im Rahmen des Typusbegriffs.¹⁶¹ Denn der Verzicht auf eigene Gewinnchancen auf dem Markt kann ein Indiz für eine Einbindung in die fremde Organisation sein.

Im Übrigen wird die Funktion des Schutzes wegen fehlender unternehmerischer Marktchancen jedoch durch den Schutz der „arbeitnehmerähnlichen Person“ bzw. der „abhängigen Selbstständigen“ übernommen.¹⁶² Dort zeigt der Rechtsvergleich ganz prägnant das Problem auf, welches auch das Anliegen von Wank Reforminitiativen war: Tatbestand und Rechtsfolgen sind nicht immer überzeugend begründet und abgestimmt.¹⁶³ So reagieren viele Vorschriften, die auf persönliche Abhängigkeit abstellen, gar nicht auf das Herrschaftsverhältnis, das mit der organisatorischen Einbindung entsteht, sondern auf marktbezogene Machtverhältnisse, die sich aus der Notwendigkeit der Existenzsicherung und beschränkter Arbeitsmarktoptionen ergeben, die also „wirtschaftliche Abhängigkeit“ begründen. Oder – wie der Kündigungsschutz, der dem Schutz der Existenzgrundlagen, der Sicherung der Langfristigkeit sowie der Fairness in der Organisation dient – sie erfüllen eine ganze Reihe von Funktionen.

Das Problem zeigt sich auch an Anwendungsbereich und Rechtsfolgen vieler Rechtsvorschriften zur abhängigen Selbstständigkeit: Die beiden Merkmale der Solo-Selbstständigkeit und der Abhängigkeit von einem einzigen Kunden bringen ganz unterschiedliche Regulierungsnotwendigkeiten mit sich. Entsprechend ist die Reichweite des rechtlichen Schutzes „abhängig Selbstständiger“ im Rechtsvergleich ganz unterschiedlich geregelt. Zum Teil wird für die abhängigen Selbstständigen lediglich ein sozialer oder sozialversicherungsrechtlicher

¹⁶⁰ Wank, Das Grünbuch Arbeitsrecht, AuR 2007, 244, 246; Wank, Arbeitnehmer und Selbständige (1988), S. 177 ff. und passim; Entwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Arbeitsrechts, BR-Drucks. 671/96 (NRW); BR-Drucks. 293/95 (Brandenburg), NZA 1992, Beilage 17; siehe auch schon Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966), S. 14 ff.: „Die Schutzbedürftigkeit ist also wesentlich im Zusammenhang mit dem Verlust freier wirtschaftlicher Dispositionsmöglichkeiten zu sehen und nicht nur mit der Eingliederung in den Betrieb.“

¹⁶¹ BAG, NJW 1997, 2973 f. (Franchisenehmer): „Ob aber jemand, der in diesem System tätig wird, Arbeitnehmer oder Selbständiger ist, richtet sich allein danach, ob er weisungsgebunden und abhängig ist oder ob er seine Chancen auf dem Markt selbständig und im wesentlichen weisungsfrei suchen kann.“ Ähnlich auch schon BAGE 18, 87: Anknüpfungspunkte für die Selbstständigkeit eines Versicherungsvermittlers seien seine Weisungsfreiheit, seine Freiheit im Einsatz der Arbeitskraft, das eigene Unternehmen und das eigene Unternehmerrisiko. Zur Funktion des Typusbegriffs siehe genauer bei Fn. 169, S. 276 f.

¹⁶² Für eine Ausdehnung arbeitsrechtlichen Schutzes insoweit z.B. Eger, Eine ökonomische Analyse von Langzeitverträgen (1995), S. 1255 f. (in Anlehnung an die Vorschriften des Heimarbeitrechts); S. 95 ff. (für eine differenzierte Anwendung verschiedener Schutzvorschriften); vgl. auch Appel/Frantziöch, Sozialer Schutz in der Selbstständigkeit, AuR 1998, 93.

¹⁶³ Wank, Arbeitnehmer und Selbständige (1988), S. 48 f.

Schutz vorgesehen. Zum Teil werden darüber hinaus die vertraglichen Beziehungen zum Kunden geregelt, womit gewisse Äquivalente zum Arbeitsrecht geschaffen werden (Mindesteinkommen, Arbeitszeit usw.). Zu bedenken ist auch, dass es „wirtschaftliche Abhängigkeit“ im Zivil- und Wirtschaftsrecht in vielfacher Form gibt, nicht nur in Erwerbsarbeitsverträgen, sondern auch in anderen (meist langfristigen) Beziehungen zwischen Unternehmen wie z.B. langfristigen Lieferbeziehungen zwischen Zuliefer- und Abnehmerunternehmen. Es handelt sich hier nicht um ein spezifisches Merkmal der Erwerbsarbeit.

Im Gegensatz dazu bezieht sich das Merkmal der „Solo-Selbstständigkeit“ auf ein grundlegendes Merkmal der Erwerbsarbeit: Gegenstand solcher Verhältnisse ist die Zurverfügungstellung von Arbeitskraft.¹⁶⁴ Solche Schuldverhältnisse sind zwar nicht „personenrechtlich“, aber personenbezogen; die Arbeitskraft, die Vertragsgegenstand ist, ist nicht von der Person trennbar.¹⁶⁵ Daraus erwachsen Gefahren für die Person (Gesundheit und Sicherheit), der Vereinbarkeit von Privatleben und Erwerbsleben sowie Notwendigkeiten der langfristigen sozialen Sicherung von Risiken sowie der sozialen Kooperation, die unabhängig sind vom Ausmaß der organisatorischen Einbindung und Fremdbestimmtheit, also von Macht – obwohl sie natürlich bei einem Mangel an Exit-Optionen sowie in einem organisatorischen Herrschaftsverhältnis, bei dem man sich der Verfügung über den konkreten Moment begeben hat, verschärft werden.

Die Personenhaftigkeit hat aber umgekehrt auch Konsequenzen bei wirtschaftlicher Abhängigkeit: Auch wenn eine Person ihre Erwerbsarbeit für eine Reihe unterschiedlicher Auftraggeberinnen und Auftraggeber im Rahmen zivilrechtlicher Verträge ausübt, kommt sie in der Vertragsdurchführung an die Grenzen der Person: Die Verhandlungsposition wird dadurch beeinflusst, dass die Arbeitskraft notwendige körperliche Grenzen hat, und dass sie der Existenzsicherung dient.¹⁶⁶ Sollen die Solo-Selbstständigen die Möglichkeit der eigenständigen Existenzsicherung über den Markt behalten, statt sie auf den Staat zu verweisen, muss auch in solchen Vertragsverhältnissen die Vergütungshöhe nach unten begrenzt werden.¹⁶⁷ Es ist kein Zufall, dass in den freien und künstlerischen Berufen, die sich durch Leistungserbringung in Person auszeichnen, staatlicherseits Vergütungen festgesetzt werden (vgl. Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI)) bzw. kollektive Vergütungsregelungen vorgesehen sind (§ 36 UrhG).

¹⁶⁴ BAGE 109, 87; BAGE 125, 257.

¹⁶⁵ *Schwerdtner*, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen. ein Beitrag zum Gemeinschafts- und Vertragsdenken im Individualarbeitsrecht und allgemeinen Zivilrecht (1970), S. 86.

¹⁶⁶ *Schlachter*, GS Zacher (2010), S. 639; 643 ff.

¹⁶⁷ So im Kern auch die Argumentation von *Waltermann* (Fn. 37) für einen allgemeinen Mindestlohn, allerdings bezogen auf die abhängige Erwerbsarbeit.

Ähnlich liegt der Fall beim Arbeitsschutz: Die Regelungen über Sicherheit und Gesundheit reagieren auf einen Schutzbedarf, der sich aus der organisatorischen (und örtlichen) Einbindung ergibt; die Gefahren unterscheiden aber nicht nach dem Grad der Einbindung oder der Abhängigkeit.¹⁶⁸ Die Normen knüpfen deshalb sachgerecht nicht einmal am Arbeitsverhältnis an, sondern nur an der tatsächlichen Gefährdungslage, erfassen also auch Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Unternehmen stehen (§ 2 Abs. 2 ArbSchG); dasselbe gilt für den Datenschutz (§ 3 Abs. 11 BDSG; § 3 Nr. 12 GenDG).¹⁶⁹

b) Flexibilität des „Typus“-Begriffs, „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ und Feststellungsverfahren

Geht es also bei Fragen der wirtschaftlichen Abhängigkeit sowie der persönlichen Leistungserbringung um Fragen, die sich in allen Bereichen des Zivilrechts stellen, so handelt es sich bei den Fragen der Herrschaft in der Organisation um genuin arbeitsrechtliche Fragen.

Im Rechtsvergleich gibt es dementsprechend auch keine entscheidenden nationalen Unterschiede bei diesem wichtigsten Begriff des Arbeitsrechts.¹⁷⁰ Bei allen Unterschieden in der Gesetzgebungstechnik: Nicht nur europa-, sondern weltweit herrscht eine ontologische oder phänomenologische Begriffsbildung vor, die an Weisungsbindung bzw. persönliche Abhängigkeit anknüpft.¹⁷¹ Da hier – anders als im Fall des Verbraucherrechts – die relative Ähnlichkeit der Begriffe und Konzepte nicht der europarechtlichen Harmonisierung geschuldet ist, darf vermutet werden, dass diese Begriffslogik die funktionale Sachlogik des Arbeitsrechts einigermaßen gut erfassen kann.

Mit der Abgrenzung von Erwerbsarbeitsverträgen anhand von Organisationsformen, wie sie im Begriff der „persönlichen Abhängigkeit“ erfolgt, ist al-

¹⁶⁸ So auch schon BGHZ 5, 62 für die analoge Anwendung des § 618 BGB auf selbstständige Dienst- und Werkverträge.

¹⁶⁹ § 6 Abs. 2 ArbSchG: Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes sind: Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Auszubildende, arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des § 5 Abs. 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes, ausgenommen die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten, Beamtinnen und Beamte, Richterinnen und Richter, Soldatinnen und Soldaten sowie die in Werkstätten für Behinderte Beschäftigten; § 3 XI BDSG: genauso (einschließlich zusätzlich Rehabilitandinnen und Rehabilitanden) und nach dem Jugendfreiwilligendienstegesetz Beschäftigte sowie Heimarbeitende und Zivildienstleistende (genauso § 3 Nr. 12 GenDG).

¹⁷⁰ Genauer *Nogler*, Die typologisch-funktionale Methode am Beispiel des Arbeitnehmerbegriffs, ZESAR 2009, 461, 464; *Wank*, AuR 2007, 244; *Rebhahn*, RdA 2009, 154; *Hepple/Veneziani*, The transformation of labour law in Europe. A comparative study of 15 countries, 1945–2004 (2009), S. 107 ff., der die Abgrenzungsfragen eher als Problem der 1970er Jahre beschreibt.

¹⁷¹ *Rebhahn*, RdA 2009, 154; siehe auch zum europäischen Recht *Wank*, AuR 2007, 244; *Wank*, Die personellen Grenzen des Europäischen Arbeitsrechts, EuZA 2008, 172; *Ziegler*, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht (2011).

lerdings ein Problem verbunden: Die Organisationsformen der Arbeitsteilung sind in gewisser Weise disponibel, d.h. durch Unternehmen und Arbeitgeber gestaltbar. Daraus ergibt sich aber die Gefahr einer Umgehung von arbeitsrechtlichen Vorschriften.¹⁷²

Ein Versuch, legitime von illegitimen „Umgehungen“ zu unterscheiden, ist die typologische Methode. Der „Typus“-Begriff der persönlichen Abhängigkeit ermöglicht durch flexible Elemente eine Feinabstimmung auf den jeweiligen Einzelfall.¹⁷³ Das BAG bedient sich hier – wie der daran anknüpfende Gesetzgeber des § 7 Abs. 1 SGB IV –

„nicht des tatbestandlich scharf kontrollierten Begriffs, der auf eine einfache Subsumtion hoffen ließe, sondern der Rechtsfigur des Typus; die [erfassten...] Personen werden nicht im Detail definiert, sondern ausgehend vom Normalfall in der Form eines Typus beschrieben. Den jeweiligen Typus und dessen Kenntnis setzt das Gesetz stillschweigend voraus; es übernimmt ihn so, wie ihn der Gesetzgeber in der sozialen Wirklichkeit idealtypisch, d.h. im Normal- oder Durchschnittsfall vorfindet. Es ist nicht erforderlich, daß stets sämtliche als idealtypisch erkannten, d.h. den Typus kennzeichnenden Merkmale (Indizien) vorliegen. Diese können vielmehr in unterschiedlichem Maße und verschiedener Intensität gegeben sein; je für sich genommen haben sie nur die Bedeutung von Anzeichen oder Indizien. Entscheidend sind jeweils ihre Verbindung, die Intensität und die Häufigkeit ihres Auftretens im konkreten Einzelfall. Maßgeblich ist das Gesamtbild“.¹⁷⁴

Für das Sozialrecht meinte jedenfalls das BVerfG¹⁷⁵, es sei

„[g]erade der Verwendung der Rechtsfigur des Typus [...] zu verdanken, daß die Vorschriften über die Versicherungspflicht und die Beitragspflicht trotz ihres Festhaltens an Begriffen wie Angestellte, Arbeiter, Arbeitsverhältnis oder Beschäftigungsverhältnis in Verbindung mit ihrer Konkretisierung durch Rechtsprechung und Literatur über Jahrzehnte hinweg auch bei geänderten sozialen Strukturen ihren Regelungszweck erfüllen und insbesondere die Umgehung der Versicherungs- und Beitragspflicht zum Nachteil abhängig beschäftigter Personen, z.B. durch der Realität nicht entsprechender, einseitig bestimmter Vertragsgestaltungen, verhindern konnten.“

Der phänomenologisch-typologischen Methode des BAG wird zum Teil zum Vorwurf gemacht, dass die fallbezogenen Einzelwertungen zu wenig Rechts-

¹⁷² Siehe ILO-Empfehlung 198 betreffend das Arbeitsverhältnis, vgl. *Däubler*, Die offenen Flanken des Arbeitsrechts, AuR 2010, 142.

¹⁷³ *Perulli*, Travail économiquement dépendant/parasubordination: les aspects juridiques, sociales et économiques (2003), S. 32, abrufbar unter http://www.metiseurope.eu/content/pdf/n8/7_parasubordination.pdf; zur unterschiedlichen Flexibilität rechtlicher Konstruktionen.

¹⁷⁴ So kennzeichnet das BVerfG in seinem Nichtannahmebeschluss diese Methode, und hielt sie für im Zusammenhang mit der Definition der sozialversicherungs- und beitragspflichtigen Beschäftigung in § 7 Abs. 1 SGB IV für zulässig und sinnvoll; sie genüge dem Bestimmtheitsgrundsatz (BVerfG, AP Nr. 82 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn. 7).

¹⁷⁵ BVerfG, AP Nr. 82 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn. 8 (siehe oben Fn. 173); genauso vor einem rechtsvergleichenden Hintergrund *Rebhahn*, RdA 2009, 154.

sicherheit und -klarheit schaffen.¹⁷⁶ Und Rechtsunsicherheit ist hier nicht zuletzt wegen der Vielzahl der Rechtsfolgen, die mit dem Arbeitnehmerbegriff verknüpft sind („Status“), problematisch. Nur in wenigen Rechtsordnungen wird das Problem der Rechtsunsicherheit pragmatisch durch ein Verfahren abgefedert. Jedenfalls Italien kennt seit 2003 eine Statusfeststellung, die (auch) (begrenzt) für das Privatrecht verbindlich ist. Deutschland (Feststellungsverfahren nach § 7a SGB IV) und Frankreich sehen eine solche Feststellung immerhin für den Bereich des Sozialrechts vor;¹⁷⁷ aufgrund der weitgehenden Parallelität der Tatbestände bietet sie faktisch auch eine gewisse Sicherheit für die Einordnung arbeitsrechtlicher Tatbestände.

Der Typusbegriff kann ohnehin nur dadurch seine Funktion erfüllen, dass er vom „Vorrang der Tatsachen“¹⁷⁸ ausgeht: Für die Einordnung eines Rechtsverhältnisses kann es nicht auf die Bezeichnung durch die Parteien, sondern allein auf die tatsächliche organisatorische Gestaltung ankommen.¹⁷⁹ Es geht um eine wirtschaftliche Betrachtungsweise.

Diese stößt allerdings nicht nur deshalb an ihre Grenzen, weil die sozioökonomischen Machtverhältnisse sich auch in der Rechtsgeltendmachung und Rechtsdurchsetzung auswirken,¹⁸⁰ sondern weil in der Rechtswirklichkeit die Grenzen zwischen Organisation und Markt nicht scharf gezogen sind. In der Praxis gibt es graduelle Abstufungen der Einbindung der Arbeitskraft.¹⁸¹

c) Unternehmen/Organisation auch auf der Pflichtenseite als Anknüpfungstatbestand?

Probleme bei der angemessenen Anwendung arbeitsrechtlicher Konzepte gibt es aber nicht nur wegen der Disponibilität organisatorischer Strukturen; zunehmend problematisch erscheint auch, dass die arbeitsrechtliche Verpflichtung zwar auf der Eingliederung in eine arbeitsteilige Organisation basiert, dass aber

¹⁷⁶ Siehe insbesondere Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht-Preis (13. Aufl. 2013), § 611 BGB, Rn. 54. Siehe auch *Rebhahn*, RdA 2009, 154: Damit gebe der Gesetzgeber seine Steuerungsaufgabe zum Teil ab.

¹⁷⁷ Zum Ganzen *Rebhahn*, RdA 2009, 154.

¹⁷⁸ So der Begriff von *Waas*, Werkvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag: Abgrenzung und Identifikation im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen (2012).

¹⁷⁹ Vgl. schon BAG, AP Nr. 12 zu § 611BGB Abhängigkeit. So kann es zu „Scheinselbstständigkeit“ oder „Scheinwerkverträgen“ kommen. Siehe aber auch die Entscheidung des Supreme Court Englands in *Autoclenz Ltd v Belcher* [2011] UKSC 41, wo die relative Verhandlungsmacht berücksichtigt wird bei der Frage, ob die schriftliche Vereinbarung wirklich das widerspiegelt, was vereinbart wurde.

¹⁸⁰ Siehe zusammenfassend *Kocher*, Effektive Mobilisierung von Beschäftigtenrechten. Das Arbeitsrecht in der betrieblichen Praxis (2009).

¹⁸¹ Empirische Zahlen zur „Grauzone“ aus den 1990er Jahren: IAB-Befunde, RdA 1997, 171 ff.

die vertragsrechtliche Bestimmung des „Arbeitgebers“ allein daran anknüpft, wem gegenüber die vertragliche Unterwerfung unter das Weisungsrecht und damit die Organisation erklärt wurde. Problematisch wird dies in Konstellationen, in denen eine „Umgehung“ arbeitsrechtlichen Schutzes dadurch droht, dass die Arbeitgeberstellung aufgespalten und damit die Verantwortlichkeiten in mehrseitigen (meist „dreiseitigen“) Beschäftigungsbeziehungen unklar werden.¹⁸²

Unter Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes des Umgehungsverbots („bieten sich dem Arbeitgeber verschiedene arbeitsvertragliche Gestaltungsformen an, die für den Arbeitnehmer zu einem unterschiedlichen arbeitsrechtlichen Schutz führen, darf er nicht willkürlich die ihm günstigere auswählen“) hat das BAG schon vereinzelt „mittelbare Arbeitgeber“ in die arbeitsrechtliche Haftung einbezogen. „Arbeitgeber“ ist danach derjenige, der unternehmerische Entscheidungen treffen und Gewinn erzielen kann.¹⁸³ Auch die § 613a Abs. 2 BGB, § 10 Abs. 1, §§ 13–13b AÜG und § 14 AEntG sehen für unterschiedliche Fallkonstellationen integrierter Wertschöpfungsketten nach unterschiedlichen Grundsätzen eine vorübergehende oder nachrangige Haftung des Betriebsübergebers, Entleihers oder Auftraggebers vor. Insgesamt haben aber die Besonderheiten einer solchen Integration von Vertragsverhältnissen in der Organisation rechtlich noch zu wenig Aufmerksamkeit erfahren.¹⁸⁴

IV. Die Einheit der Zivilrechtsordnung unter dem Blickwinkel des Erwerbslebens

Wo das Recht auf private Macht reagiert, begründet es auch private (Rechts-) Macht. Zu diesem Zweck muss es an typisierbaren Tatbeständen anknüpfen – ein schwieriges Unterfangen angesichts der Komplexität des sozialen Phänomens „Macht“. Ein Verzicht darauf ist jedoch keine angemessene Lösung: Vertragsfreiheit wird paternalistisch, wenn sie Macht, die Autonomie beschränkt, nicht ausgleicht oder kontrolliert.

Der Hinweis auf die „strukturelle Unterlegenheit“ oder „Ungleichgewichtslage“ kann hier nur begrenzt weiterhelfen. Das BVerfG verwendet diese Kriterien in der Handelsvertreter- und der Bürgschafts-Entscheidung, um deutlich zu machen, inwiefern die Verfassung Eingriffe in die Vertragsfreiheit erlaube.¹⁸⁵ Damit wurde zwar ein Begründungszusammenhang für arbeitsrechtliche, arbeits-

¹⁸² Vgl. Grünbuch der Europäischen Kommission „Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“, KOM(2006) 708 endgültig, Frage 9.

¹⁸³ BAGE 39, 200.

¹⁸⁴ Eine Ausnahme macht insofern z.B. der Aufsatz von Schüren, FS Däubler (1999), S. 90, in Anknüpfung an Hamann, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen (1995).

¹⁸⁵ BVerfGE 81, 242 (Handelsvertreter); 89, 214 (Bürgschaft).

rechtsnahe sowie verbraucherrechtliche und ähnliche Regulierungen geboten; eine eigene trennscharfe Abgrenzung von Tatbeständen der Macht geben diese Merkmale jedoch nicht her. Schließlich bedarf es immer noch einer konkretisierenden rechtlichen Wertung dahingehend, welcher Art die festgestellten Ungleichgewichte sind und inwiefern diese einer Korrektur bedürfen.¹⁸⁶

Im privatrechtlichen Konzept einer Begründung privater Handlungsmacht und privater Handlungsspielräume spricht viel für das Gegenmachtkonzept der kollektiven Regelung, wenn es durch eine Kontrolle der Repräsentativität Formen der kollektiven Ausübung von Privatautonomie als Grundlage prozeduraler Richtigkeitsvermutungen anerkennt. In gewisser Weise kann es so gelingen, „kollektive“ Marktstandards auch auf Märkten, die von Herrschaftsverhältnissen geprägt sind, als „verkehrsrichtig“ zu etablieren.

Bei den Bedenken wegen einer im Einzelnen z.T. fehlenden Passgenauigkeit arbeitsrechtlicher Regelungen hingegen geht es immer wieder um Grauzonen organisatorischer Einbindung und wirtschaftlicher Abhängigkeit. Wenn „Abhängigkeit“ ein graduelles Phänomen ist, muss der Machtausgleich (bzw. „die Verwirklichung des sozialen Gedankens“) als „eine nicht nur dem Arbeitsrecht, sondern auch dem bürgerlichen Recht gestellte Aufgabe“ begriffen werden.¹⁸⁷ Diese Aufgabe lässt sich wohl nur systemgerecht verwirklichen, wenn nicht nur der „Reichtum an gefestigten Rechtsgedanken, der die allgemeine Privatrechtsordnung auszeichnet“¹⁸⁸, berücksichtigt wird, sondern auch die Formen und Überlegungen, die im Arbeitsrecht für solche Macht- und Herrschaftsverhältnisse entwickelt wurden, die sich aus der organisatorischen Einbindung von personengebundenen Austauschleistungen ergeben.

¹⁸⁶ Vgl. auch *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? (1994), S. 19 ff.

¹⁸⁷ *Richardi*, Arbeitsrecht und Zivilrecht, *ZfA* 1974, 3. Die Debatte um ein Europäisches Privatrecht scheint demgegenüber die Binarität von Arbeitsrecht und allgemeinem Vertragsrecht eher zementieren zu wollen (vgl. *Freedland/Kountouris*, The Legal Characterization of Personal Work Relations and the Idea of Labour Law, in: Davidov/Langille (Hrsg.), *The idea of labour law* (2011), S. 207).

¹⁸⁸ *Richardi*, *ZfA* 1974, 3.